

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA NA  
EXECUÇÃO FISCAL NOS ORDENAMENTOS  
BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

**ELENITA MOURA PINHO**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELA  
PROFESSORA DOUTORA ANA PAULA DOURADO**

**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS  
DIREITO ADMINISTRATIVO**

**2017**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA NA  
EXECUÇÃO FISCAL NOS ORDENAMENTOS  
BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

**ELENITA MOURA PINHO**

**DISSERTAÇÃO**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**  
**DIREITO ADMINISTRATIVO**

**2017**

## **RESUMO**

A dignidade da pessoa humana é princípio que orienta os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. A valorização desta está expressa na ampla disciplina estabelecida nas Constituições, que cobra efetividade aos direitos fundamentais e que estabeleceu limites ao exercício das funções estatais. Em face disso muitas são as indagações acerca desses limites, especialmente do legislador infraconstitucional, ao instituir as denominadas prerrogativas à Fazenda Pública, em processos administrativos e judiciais, ante a real possibilidade de estabelecerem situações de desigualdades no processo e desencadearem série de violações a garantias constitucionais instituídas. O processo de execução fiscal, meio essencial a realização de interesses da coletividade, em Países dependentes de eficácia da arrecadação, necessita de adequação aos objetivos propostos por esses ordenamentos, considerando que, se por um lado persegue a satisfação do Estado credor, por outro, não pode dispensar a observância de garantias fundamentais. No entanto, influências anteriores podem dificultar interpretações que levem em conta a supremacia dos direitos fundamentais, que, por sua vez, não podem ser entendidos apenas na dimensão subjetiva ou de defesa aos arbítrios, de forma a impossibilitar a recuperação do crédito e beneficiar maus pagadores, que se amparam na negação de medidas essenciais, dificultando a aproximação dos ideais de Justiça. Tais influências, aliadas a complexidade do mundo moderno dificultam a criação e a aplicação do direito. Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais analisados evidenciam a ausência do critério da proporcionalidade, em ambos os países para as limitações ao princípio da igualdade processual e outros, em algumas opções legislativas. A dignidade da pessoa humana fundamenta os Estados contemporâneos. Nos ordenamentos brasileiro e português foi acolhida como princípio jurídico norte dos poderes estatais. A importância deste princípio se expressa, também, pelo amplo catálogo de direitos fundamentais, inseridos nos textos constitucionais desses Países, cujos direitos estão direta ou indiretamente associados a dignidade do homem. Por isso, o regime jurídico instituído para os direitos fundamentais, assume supremacia na interpretação desses ordenamentos, além de vincular a todas as entidades públicas, estabelecendo limites para a atuação destas.

## **ABSTRACT**

The dignity of the human person is the guiding principle of Brazilian and Portuguese legal systems. The valorization of this is expressed in the broad discipline established in the Constitutions, which takes effect to fundamental rights and established limits to the exercise of state functions. Faced with this, there are many questions about these limits – especially of the infraconstitutional legislator – in establishing the so-called prerogatives to the Public Treasury in administrative and judicial proceedings given the real possibility of establishing situations of inequality in the process and triggering a series of violations of constitutional guarantees instituted. The process of tax execution which is essential for the realization of the interests of the collectivity in countries dependent on the effectiveness of tax collection needs to be adapted to the objectives proposed by these legal systems considering that, if on the one hand it pursues the satisfaction of the creditor State, on the other hand cannot dispense the observance of fundamental guarantees. However, previous influences can hinder interpretations that take into account the supremacy of fundamental rights, which, in turn, cannot be understood only in the subjective dimension or defense of arbitrariness, in order to make it impossible to recover credit and to benefit bad payers which rely on the denial of essential measures, making it difficult to approach the ideals of Justice. Such influences, combined with the complexity of the modern world, hinder the creation and application of law. The doctrinal and jurisprudential understandings analyzed show the absence of the proportionality criterion in both countries for limitations to the principle of procedural equality and others in some legislative options. The dignity of the human person underlies contemporary states. In the Brazilian and Portuguese laws it was accepted as the legal principle of the state powers. The importance of this principle is also expressed by the broad catalog of fundamental rights, inserted in the constitutional texts of those countries, whose rights are directly or indirectly associated with the dignity of man. Therefore, the legal regime established for fundamental rights, assumes supremacy in the interpretation of these ordinances, in addition to linking all public entities, establishing limits for their performance.

**PALAVRAS- CHAVE**

Prerrogativas, Fazenda Publica, Processo, Execução Fiscal, Brasil, Portugal.

**KEYWORDS**

Prerogative, Public Administration, tax enforcement, process, Brazil, Portugal

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Ac. – Acórdão.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Ag.REsp. – Agravo em Recurso Especial.

Ag.Rg. – Agravo Regimental.

Art. – Artigo.

AT – Autoridade Tributária e Aduaneira.

CC – Código Civil.

CF – Constituição Federal (Brasil).

Cfr. – Confrontar.

CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas singulares.

CPA – Código do Procedimento Administrativo.

CPC/2015 – Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

CPCI – Código de Processo das Contribuições e Impostos.

CPPT – Código de Procedimento e de Processo Tributário.

CPT – Código de Processo Tributário

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

CTN – Código Tributário Nacional.

DGCI – Direção Geral dos Impostos.

DJ – Diário da Justiça.

DJF – Diário da Justiça Federal.

DL – Decreto Lei.

EC – Emenda Constitucional.

ed. – Edição.

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

IRC – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

IRS – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

LC – Lei Complementar.

LEF – Lei de Execução Fiscal.

LGT – Lei Geral Tributária.

LPTA – Lei de Processo nos Tribunais Administrativos.

NCPC – Novo Código de Processo Civil.

p./ (p)/Pág./págs. – página(s).

Rel. – Relator.

REsp – Recurso Especial.

STA – Supremo Tribunal Administrativo (Portugal).

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil).

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil).

TC – Tribunal Constitucional (Portugal).

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte.

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul.

TRF – Tribunal Regional Federal.

UE – União Européia.

v.g. – *verbi gratia*.

Vol. – Volume.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	6
CAPÍTULO I .....	9
1.0 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	9
1.1 FASES ANTERIORES AO ESTADO DE DIREITO .....	13
CAPÍTULO II .....	18
2.0 ESTADO DE DIREITO LIBERAL (ESTADO DE LEGALIDADE/ESTADO CONSTITUCIONAL) .....	18
2.1 SEPARAÇÃO DE PODERES, SUPREMACIA DA LEI E LEGALIDADE NO ESTADO LIBERAL .....	21
2.1.1 AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	25
2.2 FILOSOFIA LIBERAL E CONTRADIÇÕES Á SUPREMACIA DA LEI .....	27
2.2.1 INFLUÊNCIAS DAS CONTRADIÇÕES ÀS CONCEPÇÕES ADEPTAS AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E AO MONÁRQUICO .....	30
CAPÍTULO III .....	35
3.0 O ESTADO SOCIAL E CONSTITUCIONALISMO DO PÓS GUERRA E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	35
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	36
3.1.1 DUPLA DIMENSÃO: OBJETIVA E SUBJETIVA .....	39
3.1.2 TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	42
3.1.3 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....	43
3.1.4 SOBRE APLICABILIDADE DIRETA .....	44
CAPÍTULO IV .....	50
4.0 JURISDIÇÃO E PROCESSO .....	50



4.1 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO DIREITO PORTUGUÊS .....	51
4.2 DO PROCESSO TRIBUTÁRIO (FISCAL) .....	54
4.3 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO BRASIL .....	56
4.4 PROCESSO NO BRASIL.....	57
4.5 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO BRASIL E EM PORTUGAL .....	60
CAPÍTULO V .....	62
5.0 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA BRASIL PORTUGAL .....	62
5.1 DA AÇÃO EXECUTIVA EM PORTUGAL .....	62
5.2 DA EXECUÇÃO FISCAL EM PORTUGAL .....	66
5.3 DA REVERSÃO DA EXECUÇÃO CONTRA O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO .....	71
5.4 EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL EXECUÇÃO .....	76
5.4.1 EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL .....	77
5.4.1.1 PRAZOS PROCESSUAIS .....	80
5.4.1.2 INTIMAÇÃO AO PROCURADOR DA FAZENDA E AO ADVOGADO DO EXECUTADO .....	81
5.4.1.3 DESISTÊNCIA .....	82
5.4.1.4 DESPESAS PROCESSUAIS .....	84
5.4.1.5 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO .....	85
5.4.1.6 MEIOS DE DEFESA À DÍVIDA PÚBLICA .....	86
5.4.1.7 REEXAME NECESSÁRIO .....	87
5.4.1.8 HONORÁRIOS DE ADVOGADO .....	88
5.5 DAS DISCUSSÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO ÀS PARTES .....	89
CONCLUSÃO .....	96

## INTRODUÇÃO

A igualdade entre as partes no processo é tema que suscita discussões. No Brasil é constante a divergência em relação ao tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública no processo, mormente nas Execuções Fiscais. De um lado, corrente tradicional posiciona-se favoravelmente à instituição de algumas prerrogativas, à Fazenda Pública, sustentando a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, como fundamento. De outro lado, nos últimos anos, têm surgido argumentos que negam a existência de supremacia ao interesse público, enriquecendo a discussão, especialmente os que se relacionam aos direitos fundamentais.

Em Portugal, embora não haja sido constatada, até elaboração da presente dissertação, abordagem específica, reunindo prerrogativas, bem assim discussões no intuito de afirmar ou negar a existência do princípio da supremacia do interesse público, preocupações, envolvendo o tratamento dispensado à Fazenda Pública, especialmente no procedimento e processo fiscal, há muito se fazem sentir. Tais preocupações apontam, dentre os muitos argumentos, a necessidade dos órgãos soberanos estatais, no exercício das respectivas funções, estarem vinculados ao quanto estabelecido nesses Ordenamentos Constitucionais, especialmente voltados a conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Face a tais discussões, a presente dissertação tem por objeto, analisar, nesses ordenamentos constitucionais, em vista dos limites estabelecidos ao legislador ordinário, para instituição de tratamento diferenciado às partes, nos procedimentos ou processos, como regra, como tem sido recepcionadas, pela doutrina e pela jurisprudência, as prerrogativas instituídas à Fazenda Pública na execução fiscal.

A investigação partiu-se da análise da evolução desses Estados, sob a perspectiva da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais, a fim identificar alguns aspectos que repercutem ainda hoje no tratamento do tema.

Da análise genérica das fases do Estado e dos aspectos históricos, políticos e filosóficos que repercutem na interpretação para a criação e aplicação do direito, centramos maior atenção, a partir do Estado moderno, onde se iniciou a limitação racional e jurídica do poder político, para fins de garantir direitos fundamentais ao homem, como titular individual.

Além dos aspectos que marcaram a limitação do poder, no Estado moderno liberal, especialmente relacionados a interpretação da separação dos poderes ou a supremacia da lei, são observados, no Estado social, novos parâmetros de interpretação das constituições, pelo maior interesse na proteção da dignidade da pessoa humana, com assunção de compromissos, e exemplo, do amplo rol de direitos fundamentais, cuja estrutura principiológica das normas, aliados a fatores da modernidade, tornam complexa interpretação do tema.

Complexidade que é ainda maior, especialmente por envolver a cobrança de impostos, cujo interesse na arrecadação ninguém discute, mas, sendo atividade restritiva de direitos, precisa estar cercada de maior cautela, para preservação das garantias procedimentais e processuais, que possibilitem a proteção dos contribuintes e realização de Justiça Fiscal.

Apesar da necessidade do legislador ordinário processual, conformar as opções legislativas processuais às normas constitucionais, observam-se que os parâmetros instituídos por esses ordenamentos conferem margem de liberdade ao legislador, para que possa lançar mão de critérios de maior ou menor densificação na criação de normas, o que pode dar azo subjetivismos, de parte do legislador, como dos demais entes. Isso demonstra a importância da análise, mormente pelo lugar que ocupam as execuções fiscais nesses países.

Assim, face a proteção especial consagrada para os direitos fundamentais, nos ordenamentos constitucionais em tela, com traços que se assemelham dada a origem comum de institutos, que ainda influenciam a interpretação, foram reunidas opções legislativas que mostram a diferenciação, no tratamento à Fazenda Pública, pelo legislador infraconstitucional, nas Execuções Fiscais, bem como opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, que possibilitam analisar o nível de vinculação do legislador, ao quanto estabelecido por tais ordenamentos constitucionais. Para tanto, divide-se a abordagem cinco capítulos.

No capítulo I, são tecidas considerações sobre a dignidade da pessoa humana e síntese apertada das fases históricas do Estado, anteriores ao Estado Liberal.

No Capítulo II, são feitas referências ao Estado de Direito Liberal, mencionando os limites os limites jurídicos estabelecidos ao Poder Político, para resguardo dos direitos fundamentais, bem como influências daí advindas.

No Capítulo III, no Estado social, analisam-se as influências do constitucionalismo pós-guerra nos ordenamentos constitucionais, com o papel de destaque conferido aos direitos fundamentais, na busca pela consolidação dessas democracias.

No Capítulo IV, são abordados aspectos relacionados a evolução dos sistemas de jurisdição e ao processo, especialmente acerca da legislação processual e fiscal no Direito brasileiro e português.

No Capítulo V, são feitos comentários acerca do processo de execução fiscal nesses países, além de menção a alguns dispositivos que estabelecem tratamento diferenciado as partes, mormente quando comparados ao processo de execução comum. Também são referidas algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre as mesmas. Em seguida, são mencionadas algumas discussões, no Brasil, relacionadas à supremacia do interesse público, para afinal, lançar as nossas conclusões.

Diante da amplitude do tema, serão abordadas apenas algumas hipóteses de tratamento diferenciado as partes no processo de ambos os ordenamentos jurídicos. Também, a análise centra-se em disposições normativas que se dirigem a execução fiscal para satisfação créditos com natureza tributária, em especial impostos de renda, no Brasil e em Portugal. Além disso, a despeito das várias questões que envolvem a execução fiscal transcenderem os ordenamentos internos de cada país, onde assumem importância as repercussões do direito comunitário e internacional, nas execuções fiscais, tais repercussões aqui não serão exploradas.

A análise das prerrogativas, sob perspectiva constitucional, envolve conteúdo multidisciplinar, especialmente no direito administrativo, tributário, Civil, material e processual bem como referências a conceitos de outras áreas do Direito e do conhecimento, tais como: da ciência política, da teoria geral do direito, da filosofia do direito.

A dissertação utiliza a língua portuguesa, no padrão utilizado no Brasil, tendo sido elaborada com base em pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de meios físicos e digitais, onde foram efetuadas consultas a obras de doutrinadores e demais estudiosos, nos diversos ramos do Direito, brasileiro e português, como em outras áreas do conhecimento expressas em livros, artigos, monografias, além de consultas a textos de leis e Constituições, assim como a decisões, proferidas pelos respectivos órgãos e Tribunais, nas diferentes instâncias.

## CAPÍTULO I

### 1.0 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Considerando que abordagem envolve a instituição de prerrogativas a Fazenda Pública, pelo legislador infraconstitucional, no processo de execução fiscal, no direito brasileiro e português, necessário, antes dos itens relacionados a evolução do Estado e limitações jurídicas ao poder político, tecer algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Cumprе ressaltar, que, apesar das discussões sobre a natureza, a essência e a forma de ser do Estado integrarem a filosofia, concorda-se que tais discussões também se aproximam das que referem a formação e justificação do poder dos governantes. Nesse sentido, adverte Jorge Miranda ao sintetizar as muitas correntes, jurídicas, filosóficas e politológicas como: idealistas e realistas; objetivistas e subjetivistas; atomistas ou nominalistas e organicistas ou realistas; contratualistas e institucionalistas; monistas e dualistas; normativistas e não-normativistas<sup>1</sup>.

Na linha das concepções contratualistas, originárias do pensamento político medieval, desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, em Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e outros representantes<sup>2</sup>, há o entendimento da “ existência de um princípio lógico de explicação do Estado ou fundamento ético em que este deva assentar.”<sup>3</sup> Nesse princípio lógico comum, o homem está apoiado na busca por uma existência digna, a ponto de submeter-se, abrindo mão de parcela da liberdade, a estatuto comum aos demais integrantes de certa comunidade, com direitos e deveres. É esse pacto tácito que justifica a busca conjunta, para alcançar ideais inerentes a existência humana, tais como: a igualdade, a segurança, a justiça, o bem-estar, dentre outros.

---

<sup>1</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** Tomo III, pp. 12 e 13.

<sup>2</sup> Jorge Miranda sintetiza as diferentes correntes do pensamento político, filosófico, jurídico acerca da essência do Estado, Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo III, pp. 14 e seguintes.

<sup>3</sup> Expressões de Jorge Miranda, ao manifestar-se sobre grandes correntes doutrinárias acerca da natureza ou essência do Estado, Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo III, p. 15

Pacto social que, contudo, não se sustenta em concepções individualistas ultrapassadas. Ao desenvolvimento das habilidades inerentes a capacidade humana, a todos devem ser oferecidas as mesmas oportunidades, para uma existência digna. Também, a todos, substancialmente iguais, é atribuído igual estatuto, para a colaboração, que torne possível o cumprimento dos deveres a cargo dos Estados. Assim se justifica a existência dos Estados, restando claro os poderes que lhe foram conferidos em vista do homem.

A procura por condições dignas é inerente ao homem. Ainda que, considerando o nível de consciência, as variações nas condições de vida e exigências, sofram variações e estejam sempre em evolução, na medida em que o homem desenvolve habilidades e que se torna mais complexa sua relação com o mundo. Se não há liberdade para desenvolvimento das habilidades, inexistente dignidade, paz, além de outros valores. Mesmo com parâmetros que variam de lugar para lugar e de pessoa para pessoa, existe um mínimo irrestringível para uma existência digna.

Nota-se, todavia, que os diferentes grupamentos humanos, até que se chegasse a comunidade política que hoje se entende como Estado e, posteriormente Estado de Direito, passaram por estágios de proteção mínima ou até inexistentes, à dignidade da pessoa humana. Com limites estabelecidos por padrões religiosos, morais e éticos, determinados por alguns como limites aos arbítrios. Limites que, no entanto, não eram confiáveis e facilmente manipuláveis, por interpretações com outros fins e em benefício de poucos.

A partir das revoluções liberais que resultaram no advento do Estado de Direito, se entende como presente, ante a limitação jurídica ao poder, com declarações voltadas a proteção dos direitos do homem e diante do reconhecimento do dever de proteção, ainda que parcial, a alguns direitos fundamentais, se pode considerar algumas garantias a dignidade da pessoa humana.

No entanto, muito se caminhou até a compreensão que nos Estados fundamentados na dignidade da pessoa humana, a atuação dos órgãos estatais deve levar em conta a pessoa, como fim em si, considerada como membro singular, não como mero integrante de um grupo. Longo, também, tem sido o caminho para interpretação com base no reconhecimento jurídico e consequente vinculação da atuação dos órgãos estatais ao princípio. Na atualidade, apesar de afastada a ideia de Estado que não seja “instrumento para assegurar e promover a dignidade da pessoa humana”, face o reconhecimento jurídico do princípio, bem assim a consagração do

elenco de direitos fundamentais, em muitas Constituições do pós-guerra, nem sempre as atuações de Entes seguem tais parâmetros. Por isso devem *respeitar, garantir e promover*, os direitos fundamentais, para concretizar a força *normativa, vinculativa e concretizada*, à ideia de República baseada na dignidade humana”.<sup>4</sup>

A consideração de que a atuação estatal tem como fim a pessoa em si não deve, pois, ser interpretada com base no individualismo dominante na fase do Estado de Direito liberal. O Estado Social de Direito, por ser temporal e circunstancialmente determinada, a dignidade da pessoa humana, relaciona o indivíduo a uma comunidade. Como tal, é titular de direitos oponíveis ao Estado ou a outros concidadãos, também vinculados à observância de deveres e obrigações, impostos pela decisão soberana, para fins de realizar a igual dignidade e direitos de outros.<sup>5</sup>

Diante de tal evolução, no Estado Social pós-guerra e pós regimes totalitários e ditatoriais, já não se pode tolerar sejam instituídos privilégios de qualquer natureza. A exemplo do tratamento diferenciado as partes no processo, se não há fundamento constitucional para tal. O mero argumento genérico de atendimento ao interesse público, facilita a quebra do princípio da igualdade, desequilibrando a relação processual e abre espaço para o desvirtuamento de outras tantas garantias instituídas em prol da efetividade dos direitos fundamentais, cujas normas encontram, no princípio da dignidade humana, fundamento primeiro. Assim como, também, não se toleram uso de garantias fundamentais, como dissimulações, para impedir a atuação dos entes estatais, com fins de evasão ao cumprimento de deveres que a todos incumbe, para tornar viável a atuação estatal.

Das manifestações constitucionais que incorporaram ideais de Justiça Social e maior proteção à dignidade humana estão as constituições do México de 1917 e da República da Alemanha de 1919. Tal princípio, obriga “uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem”. Seu sentido não se resume a defesa dos direitos pessoais, mas também aos direitos sociais, econômicos, culturais, conforme ressaltou Jose Afonso da Silva.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa**, p. 52.

<sup>5</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa**, p. 53

<sup>6</sup> Nesse sentido, Jose Afonso da Silva, apud J.J. Gomes Canotilho (Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª Ed. Vol. P. 70). Cfr. DA SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**.

Nos ordenamentos constitucionais brasileiro e Português o princípio está entre os princípios fundamentais, no artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil e 1º da Constituição Portuguesa. São objetivos comuns a esses Estados a construção de sociedades livres, justas e solidárias.

Diante do entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, além “valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transformou-se, também, em dever ser jurídico”,<sup>7</sup> são sentidos os efeitos jurídicos concretos em toda atuação estatal. É na dignidade da pessoa humana que reside a origem dos demais princípios estruturantes do Estado de Direito, cujos corolários estão explícitos ou implícitos nesses ordenamentos constitucionais, a exemplo dos princípios: da igualdade, da socialidade, da proporcionalidade, e outros.

Assim, o poder confiado ao Estado, para o exercício das suas funções, cuja estruturação política e limitação jurídica está expressa por várias normas constitucionais, que encontram suporte material direta ou indiretamente no princípio da dignidade humana e, não autorizam, aos entes públicos no exercício de suas atribuições, a violação dos princípios estruturantes desses Estados de Direito ou aos demais princípios que destes sejam corolários.

No que concerne, mais especificamente ao tema, observa-se, em termos gerais, com relação da evolução da consideração do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro dos Estados constitucionais em análise, que, a despeito dos avanços e das garantias instituídas, há ainda muito que se avançar. Complexidades que envolvem a interpretação na criação ou aplicação do Direito se apresentam: seja em face da interpretação do Direito como um todo; seja por conta de aspectos relacionados a origem desses ordenamentos, comuns ou específicos; seja por conta de aspectos outros ligados a modernidade.

As garantias processuais, expressas em inúmeras normas processuais constitucionais desses Estados, se consideradas apenas formalmente ou sem que se supere o discurso meramente político ou moral, impedem sejam implementadas as condições mais apropriadas ao cumprimento dos objetivos propostos nos respectivos ordenamentos constitucionais, e em lugar de auxiliar na efetividade das normas constitucionais, facilitam o

---

<sup>7</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa**, p. 51



não atendimento as mesmas, facilitada pela necessária abertura dos princípios, para arbítrios na interpretação na criação ou interpretação do direito.

Necessário, pois, que se considere que o princípio da dignidade da pessoa humana é “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”<sup>8</sup>, se prestando, juridicamente, a servir de parâmetro para aferição de legitimidade, validade e concretização da toda atuação estatal.

É o que se pretende demonstrar, no decorrer da presente abordagem, a fim de evidenciar que na evolução dos Estados com as consequentes vinculações ao poder são necessárias cautelas na instituição de tratamento diferenciado, à Fazenda Pública, no processo, já que, como parte na relação processual, também se submete a observância dos parâmetros erigidos pelos Estados Democráticos, que, possuem a dignidade da pessoa humana como base material de suas Constituições e que pretendem conferir efetividade aos direitos fundamentais.

## **1.1 FASES ANTERIORES AO ESTADO DE DIREITO**

As relações entre os Estados e a Sociedade nem sempre contaram com a preocupação na limitação do poder dos seus representantes, com finalidade de proteção aos direitos fundamentais ao homem. O menoscabo a direitos fundamentais desencadeou série de atentados a dignidade da pessoa humana. É o que resta patenteado, nas práticas dos que, encarregados de órgãos e funções, desenvolveram, por meio de distorções de conceitos e interpretações, práticas prejudiciais aos direitos fundamentais humanos. Algumas práticas e distorções que até hoje se reproduzem, por fatores diversos, na criação e aplicação do Direito, nos Estados Constitucionais em tela.

Nesse sentido, interessa iniciar a abordagem, pela síntese apertada de fases históricas dos Estados em geral, deixando de fora menções a povos que, embora possuíssem pontos comuns, são geralmente utilizados como modelos históricos, diante da extensão do tema, para, a partir do Estado Liberal moderno, conferir maior atenção, aos limites ao poder. Períodos em que se evidenciam os choques entre interesses da sociedade e do Estado, iniciando-se o

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**, p. 48.

processo de submissão do Estado ao direito, visando atribuir alguma efetividade conferir aos direitos fundamentais do homem.

Na Antiguidade, conforme observado por Jorge Miranda, o pensamento grego ou romano não contava com a noção autônoma de sociedade fora da *polis* ou da *Civitas*. Segundo entende, essa é a explicação para o fato da Cidade Antiga não ser constituída por uma sociedade civil que devesse ser governada como coisa distinta do Estado, concordando com o entendimento de Paul Veyne, quando respondeu a indagação: “*I Grecia hanna conosciuto la democrazia?*”.<sup>9</sup>

O Estado antigo tinha no “reino da lei” a contraposição ao domínio dos homens, “reino do arbitrário”. Daí a associação entre o Estado antigo e o Estado de Direito para alguns. Em especial, no caso grego, onde também a generalidade das leis era garantia contra o governo dos homens. “A cidade (e o cidadão) consideravam-se livres quando era estatuído, no direito, por via geral.<sup>10</sup> Mas a racionalidade antiga era distinta da racionalidade do iluminismo. Também em Platão a mesma ideia,<sup>11</sup> já que entendia serem atingidas as melhores condições possíveis quando as razões da lei “fosse o soberano absoluto dos governantes...”<sup>12</sup>

Diante da diferença entre a racionalidade do Estado antigo (axiológica) e a racionalidade que hoje se entende ter sido a do Estado de Direito (formal); e considerando a existência de escravos, ainda que em regime mais brando que o da Roma pré-estóica, entende-se, que “nunca a Antiguidade chegou a reconhecer o homem por si mesmo como pessoa”<sup>13</sup>. Por isso, não se vislumbra existência de limites ao poder político ou racionalidade capaz de evitar violações a dignidade humana ou aos direitos fundamentais.

Na Idade Média o poder político, “dispersa-se e está presente na sociedade e na sua riquíssima teia de instituições”.<sup>14</sup> Nessas instituições surgem uma pluralidade de poderes particulares, advindos de feudos, burgos, senhorios ou mesmo reinos, cujos vínculos, de

---

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge, *apud* Christian Meir e Paul Veyne, (*L' Identità del cittadino e la democrazia in Grecia*, trad. Bolonha, 1989, p. 76), Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo III, p. 31

<sup>10</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 30

<sup>11</sup> Nesse sentido Jorge Reis Novais faz menção ao realce dado por Castanheira Neves, ao estabelecer diferença entre a racionalidade formal, resultante da universalidade e generalidade da lei, típica do iluminismo, da racionalidade axiologicamente fundada, emergente do reino das leis de Aristóteles. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 31.

<sup>12</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 31.

<sup>13</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, pp. 32-33

<sup>14</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, T-III, p. 31

natureza diversa, formavam cadeia hierarquizada e de dependências recíprocas<sup>15</sup>. Difícil também aqui vislumbrar alguma proteção a direitos fundamentais. O que existia era interesses corporativos que eram negociados, inexistindo limites ao poder de grupos, preponderando interesses dos que por razões várias merecessem consideração.

Em cenário onde os impostos eram inicialmente oferendas aos Deuses, e depois considerados como obrigações, com o fito de sustentar exércitos, na preocupação de conquistar cada vez mais territórios, como vencidos nas guerras eram escravizados, sequer direito a vida existia. Se não havia liberdade, não é possível reconhecer limitação racional ao poder, tendente a impedir violações a direitos humanos fundamentais.

Observe-se, ainda que, na sociedade medieval, com a dispersão do poder político, as relações entre senhores, vassalos e servos se desenvolviam com laços de dependência recíproca, sem que houvesse reconhecimento de direitos mínimos a dignidade de alguns: ao senhor feudal cumpria oferecer proteção militar, em troca de taxas e serviço militar dos vassalos; já os servos, além dos trabalhos domésticos que estavam obrigados a prestar ao senhorio, também eram cobrados impostos, pelo que produziam, entregando, a esse título, maior parte do resultado obtido na lavoura, bem assim taxas por produtos que adquiriam e pelo uso das instalações. Tais relações mantinham servos presos a terra, sem condições mínimas à sobrevivência. Os impostos se destinavam a financiar exércitos, para conquista de novos territórios.

Época em que, na Inglaterra, se altera após as cruzadas, onde exércitos dizimados pelas guerras perdem espaços e surge no reinado de João-Sem-Terra, caracterizado pela opressão aos súditos e cobrança de pesados impostos, aliança da nobreza com o Clero, que em 1215, exigem a assinatura da Magna Carta. Documento que, apesar da limitação dos poderes do soberano, continha pacto de interesses de classes, isso não retira a importância de que tal documento abriu caminho para demais documentos que garantiram direitos fundamentais.

Já o Estado moderno surge, fundado nas seguintes ideias: ideia de Nação correspondendo a cada Estado; ideia de secularização, separando os fins políticos dos religiosos; ideia de soberania do poder do Estado entendido como supremo, com progressiva concentração de poderes do Rei e também assembleias representativas estamentais, que

---

<sup>15</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, p. 15.

procuravam manter seus privilégios, mas prevalecia os do Rei. Tal Estado se situa, genericamente, entre os séculos XVI e o século XIX, exceto na Inglaterra, onde muito antes houve sobreposição do parlamento. O Absolutismo, foi a primeira manifestação do Estado moderno e contou com duas fases distintas: a primeira fase, denominada de fase patrimonial e a segunda, denominada de fase de polícia<sup>16</sup>.

Na fase patrimonial do absolutismo, o conceito de soberania dava sustentação aos poderes ilimitados de que se valia o Monarca, a quem pertencia o Estado cujos poderes absolutos, de origem divina, acabaram por possibilitar ascensão econômica à classe burguesa, privilegiada que foi pelo desfazimento de privilégios feudais e das barreiras de proteção econômica corporativistas que existiam na idade média. Tal regime político chega ao ápice no iluminismo e foi sustentado, nessa segunda fase, pelo *jus politiae*, traduzido como “direito de zelar” pelos interesses do Estado em nome da “Razão”, conferindo intervenção ao soberano em todos os domínios, pela redução gradual das possibilidades de defesa judicial dos particulares em relação as ofensas do Poder<sup>17</sup>. O Estado estava acima do direito. Na França e na Alemanha, onde os parlamentos e os tribunais imperiais tratavam igualmente os interesses públicos e privados”, o príncipe invocava direito à autodefesa contra os súditos, dispensando-se de propor ações judiciais, para validar seus privilégios<sup>18</sup>.

Enquanto na primeira fase o absolutismo se sustentava no conceito de soberania, a título pessoal, na segunda, se sustentava no *jus politiae*, em nome do Estrado, posto que este último, era compreendido como direito de o príncipe intervir em nome da *raison d’Etat*.<sup>19</sup> Nesse sentido, cabia ao Príncipe prosseguir os fins do Estado. E, para conciliar a garantia do princípio do Estado de Polícia com a necessidade de proteger particulares lesados por tal atividade, ressurgiu a doutrina do Fisco, com origem no direito romano, sendo desdobrado o Estado, ficticiamente, em pessoa moral de direito privado, a fim de poder participar do comércio jurídico com particulares e se obrigar contratual e extra contratualmente. No entanto, tal construção possibilitou apenas a tutela parcial das relações jurídico-privadas e redução dos

---

<sup>16</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge, Reis. **Princípios Estruturantes da República Portuguesa**, pp. 16 e 17.

<sup>17</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 36

<sup>18</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 38.

<sup>19</sup> Nesse sentido Jorge Reis Novais, *apud* Otto Mayer (Droit Administratif Allemand, t I, pags. 32 e segs), menciona ser a “*Raizon d’Etat*” argumento para ultrapassar qualquer barreira constituída pela “*jura quaesita*”, fazendo apelo a um direito supremo, a uma prerrogativa especial, o “*jus eminens*”. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, p. 18.

prejuízos, apesar de sua importância, como única garantia dos direitos individuais. A despersonalização possibilitou disfarçar a identificação do Príncipe com o Estado, conforme se deu na fase patrimonial, e conferiu conforto, para exercer os poderes como órgãos do Estado como se não estivesse ligado a máquina administrativa, ou seja, como se figura transcendente do Estado<sup>20</sup>.

Nesse cenário observa-se proteção mínima a alguns interesses particulares, mas ficando a descoberto as matérias da Administração, que, consideradas da esfera de polícia, conferia Poder ilimitado ao Príncipe.

No que concerne aos impostos, no Estado absolutista dos séculos XVI e XVII, observa-se que as receitas geralmente tinham origem nos rendimentos de bens que integravam o patrimônio de reinos. Especialmente dos obtidos pelo confisco dos bens de vassalos, nas guerras religiosas, bem como por rendimentos e receitas provenientes de atividades comerciais, que cresceram com as grandes navegações, devido expansão da Europa para a Ásia, África e Ásia. Além disso, inexistia diferença o Estado e a pessoa do soberano. Ora, em cenário em que prevalecia o arbítrio e não o direito; onde alguns eram considerados como “*res*”, sendo negociadas como mercadorias ou vivendo sem qualquer , carentes de condições mínimas a existência humana, não se pode considerar, apesar de algumas documentos conterem declarações que anunciavam algumas regras voltadas a proteção da liberdade e outros direitos fundamentais, haver ainda limitação jurídica voltada a proteção da liberdade ou outros direitos fundamentais, dirigidos ao homem individualmente considerado.

Entendimentos apontam no sentido de que, na Idade Média, se iniciou o movimento de conquista das liberdades individuais, citando como exemplo a aparição da Magna Carta, que tentou impor balizas a atuação soberana, representando o resgate de certos valores como garantia dos direitos individuais em contraposição à opressão estatal<sup>21</sup>. Nessa linha se considera que na Idade Média se inicia o esboço de uma Lei Fundamental. Posterior a Magna Carta, se no início do Sec. XVII a *Petition of Rights* de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e o *Bill of Rights* de 1689.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Nesse Sentido NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, pp. 33-40.

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, pp. 26 e 27.

<sup>22</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, T-I, p. 122

## CAPÍTULO II

### 2.0 ESTADO DE DIREITO LIBERAL (ESTADO DE LEGALIDADE/ESTADO CONSTITUCIONAL)

Importante ressaltar, no que concerne a origem do Estado de Direito, em rápidas linhas, que existem discussões, com diferentes argumentos sobre o assunto: Alguns autores rejeitam antepassados do Estado de Direito na “Antiguidade Clássica”, acreditando ser algo de novo na História e localizando-o histórica e politicamente no liberalismo do século XIX<sup>23</sup>; outros, separam a concepção do Estado de Direito de particulares condições históricas e ideologias ou filosofias específicas<sup>24</sup>, mas associam a sua essência ao próprio pensamento filosófico-político<sup>25</sup>.

Com referência a autores que argumentam acerca do reino das leis e da aversão dos gregos ao arbítrio, para justificar a origem, na Antiguidade, do Estado de Direito, concorda-se com o posicionamento dos que não acham adequado se considerar existência de Estado de Direito onde havia sistemáticas violações aos direitos fundamentais do homem, pela existência de escravos. Parece mais adequado, de fato, deslocar para o centro das discussões acerca da origem do Estado de Direito, a relação Estado-indivíduo,<sup>26</sup> na medida em que seja afetada a relação dos direitos fundamentais.

Nessa linha, se pode relacionar a origem no Estado moderno liberal, onde se considera houvesse racionalização do poder, com vista a proteção aos direitos fundamentais do homem, ainda que mínima e inexistente para alguns. Tal racionalização do poder, para fins de conferir proteção a liberdade e a direitos fundamentais, ocorre no Estado moderno, associado a luta da burguesia o Estado de Polícia. Mesmo antes de sua teorização como Estado de Direito, é resultado do liberalismo “vivido” na Inglaterra do Sec. XVIII e, especialmente das revoluções

---

<sup>23</sup>No sentido de autores que rejeitam expressamente antecedentes históricos, na Antiguidade ou no Medievo, para o regime político que hoje se denomina de Estado de Direito, embora em perspectivas diversas, Jorge Reis Novais menciona autores como A. José Brandão (sobre o **Conceito de Constituição Política**, p. 58) e Eliaz Diaz (**Estado de Direito e Constituição Democrática**, Madrid, 5ª.ed).Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, Cap. II, pp. 29-30

<sup>24</sup>Sobre essas posições Jorge Reis Novais menciona Guido Fasso. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**p 29.

<sup>25</sup>Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 29.

<sup>26</sup>Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito**, p. 32

Francesa e Americana. Por isso se diz que surge como “conceito de luta política característico dos movimentos e ideias prevaletentes no Século XIX.”<sup>27</sup>

Referências ao Estado de Direito são encontradas nas expressões: Estado Constitucional na França e nos Estados Unidos, *rule of law*, britânica, *representative government* anglo-saxônico, *government under law*, americano, *primauté du droit* ou *régne de la loi* franceses, *Rechtsstaat*, na Alemanha. Cada uma delas com aspectos e perspectivas diversos, sendo impossível estabelecer rigorosamente as diferenças entre as expressões. Todas, contudo, são utilizadas como sinônimas<sup>28</sup>.

Nota-se, pois, uma polissemia envolvendo o conceito de Estado de Direito, que associa a expressão a ideais políticas, filosóficas, bem assim indiscriminadamente em oposição ao poder, pelo homem comum. Este último por ter sido induzido a acreditar que o reconhecimento como Estado de Direito é condição para a legitimidade do poder político, o que não é verdade, já que tal reconhecimento não impede a violação de direitos fundamentais, por ingerências dos Estados, conforme bem destacou Jorge Reis Novais, que ressalta a existência de construções teóricas, como: “1)sinônimo da *rule of law*; 2)equivalente de Estado Constitucional, na acepção garantística do termo; 3) Estado de justiça administrativa; 4) na acepção formalista, para a qual o Estado e Direito coincidem”.<sup>29</sup>

Dentre as propostas que analisam a polissemia do conceito e das muitas construções, ao tema interessa especialmente, a perspectiva que utiliza o critério da natureza das limitações que envolvem o Estado, de LEGAZ Y LACAMBRA, considerando como variantes do Estado de direito: o Estado submetido “à limitação imanente do Direito positivo, à limitação transcendente-imanente pelos direitos individuais ou limitação transcendente pelo Direito natural”<sup>30</sup>. Nessa linha, muitas são as formas de conceber a essência do Estado de

---

<sup>27</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito**, p. 45.

<sup>28</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito**, p. 47.

<sup>29</sup> Jorge Reis Novais, ao referir sobre a multiplicidade de propostas para o significado do conceito de Estado de Direito, menciona ter sido esse o sentido atribuído por Giovanni Sartori <<Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia>>, in RIFD, 1964, pag. 310. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, pp.22 e 23.

<sup>30</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 23.

Direito, das teorias mais formalistas, como Kelsen ou Carl Schimdt<sup>31</sup>, às que condicionam uma prévia valoração material dos fins do Estado<sup>32</sup>.

Diante das concepções mencionadas, que sob perspectiva várias buscam o sentido do conceito, interessa ao conceito a ênfase na liberdade e direitos fundamentais do cidadão, para explicar a essência do Estado de Direito. É que, como foi demonstrado, nas fases anteriores ao Estado de Direito, sem que se contasse com liberdade, não se pode vislumbrar gestões no sentido de oferecer efetiva proteção a direitos fundamentais do homem. As preocupações voltadas a interesses generalizáveis, meramente formais, não satisfazem. Acertada, assim, a menção de Jorge Reis Novais, no sentido de que, ainda que variem as técnicas de limitação ou o Estado seja mínimo, os sistemas de governo sejam diversos, só existirá Estado de Direito onde o cerne dos seus fins figurar a proteção dos direitos fundamentais.<sup>33</sup>

Gomes Canotilho, no entanto, acrescenta os princípios da democracia e da sociabilidade, aos direitos fundamentais, conforme mencionou Jorge Reis Novais<sup>34</sup>, como intimamente ligados ao conceito, considerando-as imprescindíveis a manutenção do Estado de Direito.

Tomando-se por exemplo os Estados de Direito contemporâneos em análise, não se discorda das conquistas da democracia ou da importância da sociabilidade, tampouco se nega a importância desses princípios à preservação dos direitos fundamentais, aqui referidos em sentido amplo. De fato, a democracia oferece melhor possibilidade de que sejam mantidas as normas sobre direitos fundamentais, como também a sociabilidade. No entanto, a tensão constante, ante a pluralidade de interesses, nem sempre de fácil harmonização, bem como a ausência de sociabilidade em muitos casos, não impedem a existência do Estado de Direito,

---

<sup>31</sup>Jorge Reis Novais desenvolve as várias perspectivas e destaca que, na visão de Kelsen há identificação do direito com o Estado, daí considerar todo Estado como Estado de Direito>. Também menciona que Carl Schmitt, para quem, <segundo o significado geral da expressão, pode caracterizar-se como Estado de Direito todo o Estado que respeite sem condições o direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam>, Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 23

<sup>32</sup>Jorge Reis Novais menciona, no tocante as teorias que condicionam a existência do Estado de Direito a uma prévia valoração material dos fins, que existem inúmeros posicionamento sobre o assunto, inclusive esclarecendo que não parecem destoar os entendimentos de GOMES CANOTILHO e de JORGE MIRANDA: o primeiro que, ao rejeitar o conjunto de “artifícios técnico-jurídicos”, para associar intimamente o conceito de Estado de Direito aos princípios da democracia e da sociabilidade, de forma a permitir ao mesmo a assunção de um “ideário progressista”; o segundo por considerar que o conceito de Estado de direito traduz uma organização orientada para a garantia e promoção dos direitos fundamentais e um princípio democrático dinamicamente harmonizado com a livre formação da vontade popular e a previsibilidade do futuro e segurança individuais.

<sup>33</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p.25.

<sup>34</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 24.



mesmo que mínimo. Por isso, ainda que insuficiente a proteção aos direitos fundamentais, o Estado de Direito existe. Isso não retira a importância de tais fatores na consolidação e manutenção do Estado de Direito, devendo sempre ser perseguidos.

## **2.1 SEPARAÇÃO DE PODERES, SUPREMACIA DA LEI E LEGALIDADE NO ESTADO LIBERAL**

As ambiguidades associadas à teoria da separação de poderes de Montesquieu, que aliadas as contradições, destacadas por Paulo Otero, a filosofia liberal, no que refere à supremacia da lei, auxiliam no entendimento da diversidade de concepções concretizadas em modelos constitucionais do sec. XIX e inícios do século XX.

Com a desagregação do poder absoluto, a burguesia intenta a racionalização integral da vida da sociedade e do Estado, pela limitação jurídica do poder político. Nesse sentido é que se associa a ideia de Estado de Direito a luta política da burguesia contra o absolutismo. Mas, conforme já se mencionou, entende-se que a essência do Estado de direito é resultado do liberalismo vivido na Inglaterra e das revoluções liberais, especialmente a revolução americana e a revolução francesa<sup>35</sup>.

A reação da burguesia à discricionariedade do Príncipe, no Estado de Polícia, conduziu a adoção de providências a fim de conter as arbitrariedades. Para contenção da concentração de poderes foram adotadas providências no sentido de obter previsibilidade das ações, liberdade e igualdade de oportunidade aos agentes econômicos. Essas reivindicações da burguesia foram misturadas como se de toda sociedade fossem, servindo para que se pusesse em prática o projeto “revolucionário de racionalização integral do Estado, em nome dos interesses da sociedade<sup>36</sup>. Na concretização do projeto foi intentada a limitação jurídica com base na supremacia da lei e na separação de poderes, bem como contenção da atividade da Administração. Mas as ambiguidades teóricas facultaram as distorções nos ideais pregados pelos revolucionários liberais, possibilitando a concretização de projeto de limitação jurídica, voltado ao atendimento do ideal burguês, consoante se demonstra infra.

---

<sup>35</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 45

<sup>36</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 40

Na mesma linha de contraposição ao arbítrio e que também se associa a origem da doutrina da Separação de Poderes à Antiguidade greco-romana. Nesses termos, distinguindo a doutrina do princípio da Separação de Poderes, Nuno Piçarra desenvolve excelente análise sobre as diferentes origens da doutrina, destacando que tal doutrina, geralmente associada à limitação ou moderação do poder político, para fins de garantir a liberdade, “entronca” uma das vertentes basilares da filosofia política e teoria dos Estados ocidentais, a Constituição Mista<sup>37</sup>. Aduz, contudo, que, relacionando a doutrina a distinção das funções do Estado e atribuição de cada uma delas a órgãos separados e diversos, em nome da liberdade individual, a doutrina é de origem moderna, tendo nascido na Inglaterra, no sec. XVII. Sua defesa deu-se a partir de princípios jurídicos, como pré-requisito da *rule of law*, encontrando aí sua raiz histórica mais próxima<sup>38</sup>. Destarte, ao associar-se, de algum modo, da ideia de *rule of law* ao Estado Constitucional ou de Direito, chegando-se mesmo a confundi-lo, entende-se a relação entre o princípio da separação poderes a doutrina da Constituição mista.<sup>39</sup> Associação esta que fez surgir a teoria da balança dos poderes, que, principalmente na América, evoluiu no século seguinte para o *checks and balances*, e liberando-se da referência a teoria da Constituição Mista e incorporando os freios e contrapesos à doutrina da separação dos poderes.

Note-se que, sob a perspectiva bem demonstrada por Nuno Piçarra, que considerou a concretização do princípio da separação de poderes em contextos histórico-políticos diversos entre si, assumindo, com isso, formas incompatíveis<sup>40</sup>, observa-se que em parte da Europa prevaleceu a história da teoria da Separação de Poderes a partir de Montesquieu. Esse enfoque, a partir da obra de Montesquieu e não diretamente da tradição e da Constituição inglesa constitui um dos fatores a causar “a muita controvérsia, mal-entendidos e perplexidades”, em torno da doutrina e do princípio constitucional homônimo. No entanto, em Montesquieu se encontra uma espécie de síntese daquilo que se entende como as raízes próximas e remotas da

---

<sup>37</sup>Nuno Piçarra adverte não ser unívoca, nesse e noutros sentidos, a filosofia Política ocidental, e sintetiza nos seguintes termos: “*Wilhelm Hennis, Von gewaltenteilenden Rechtsstaat zum teleokratischen Programmstaat*, in «*Respublica. Festschrift für Dolf Stenberger zum 70. Geburtstag*», 1977, p. 174: «A tradição da teoria da constituição começa em Aristoteles, e com a recusa desse modelo por Platão começa a pré-história da ideia de soberania (...) Poder-se-ia caracterizar como radical a escola platônica que vai de Bodin, Hobbes, Rousseau até Marx, e como conservadora, reformadora ou moderada a escola aristotélica» (...)., Cfr., PIÇARRA. **A Separação de Poderes Como Doutrina e Como Princípio Constitucional**. pp. 17 ss.

<sup>38</sup>PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes Como Doutrina e Como Princípio Constitucional**, p. 17

<sup>39</sup>PIÇARRA, Nuno *apud* W.B. Gwyn, (the meaning of separation of powers, New Orleans, 1965, p. 75 e passim; Kurt Kluxen, Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung, in «Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung», editada por Heinz Rausch, Darmstadt, 1969, pp.131 ss), Cfr. PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes Como Doutrina e Princípio Constitucional**, pp. 17 e 18

<sup>40</sup>Cfr.PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**, p. 18

doutrina, podendo, na visão de Nuno Piçarra, o capítulo sobre a Constituição da Inglaterra, tanto ser considerado um programa político ou, em contexto monárquico-estamental, ser entendido como para fins de cumprir o ideal da Constituição mista, ou seja, divisão do poder político pelas várias classes que constituem a sociedade, como, na expressão sugestiva de Gwyn, se pode entender como existentes «uma série de variações sobre o tema da *rule of law*»<sup>41</sup>.

O fato é que a doutrina de John Locke da Separação de Poderes inspirou Montesquieu, transformando-se em dogma do liberalismo e sua interpretação clássica repercutiu na legalidade de vários sistemas ocidentais. Daí se tem a interpretação no sentido de oposição à concentração de poderes, dominante na fase pré-liberal. Mas o princípio acabou por servir de garantia as liberdades individuais ou, “mais precisamente, como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas”.<sup>42</sup> Privilégios de classes que certamente nenhuma proximidade guardavam com a ideia da democracia social.

Observe-se que, John Locke, para sustentar os princípios de liberdade política da revolução de 1689 e impugnar o absolutismo real, na obra *Two treatises of government*, formulou a divisão dos poderes do Estado. Nessa obra Locke reuniu série de conceitos do que havia no pensamento político da época acerca da origem contratual da sociedade política e a capacidade de governar-se por si própria. Com isso influenciou o desenvolvimento das instituições britânicas, nas constituições norte-americanas e no movimento liberal europeu do princípio do século XIX e também as obras de Montesquieu e Rousseau.<sup>43</sup> Na teoria da separação de poderes que formulou, Locke conferiu ao poder legislativo o papel de poder supremo, por ser este órgão legitimado pelo povo, a quem pertence o poder supremo. Mas reconheceu a necessidade de outros poderes seus delegados e a ele subordinados: poder executivo e poder federativo.<sup>44</sup> Considerou, ainda, suficiente apenas a separação política entre o Executivo e o Legislativo. Dessa forma, reuniu o poder Federativo e o Executivo, restando definido o seguinte quadro de atribuições dos órgãos: ao Executivo, a aplicação permanente das leis; ao Federativo, que sem subordinação ao Direito positivo, zela pela segurança e pelos interesses externos. Contudo, além de considerar suficiente apenas a separação entre o Executivo e o Legislativo, para conter os arbítrios dos que representavam o poder Soberano,

---

<sup>41</sup>Cfr. PIÇARRA, Nuno, **A Separação dos Poderes Como Doutrina e Princípio Constitucional**, p. 20.

<sup>42</sup>Cfr. Paulo Bonavides, **Ciência Política**, p. 152

<sup>43</sup>Cfr. CAETANO, Marcelo, **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 191

<sup>44</sup>John Locke é precursor da Teoria Separação de Poderes na fase moderna. Cfr. Marcelo Caetano, **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, pp. 192..

conferiu ao Executivo a faculdade de agir sem submissão à lei em situações em que a mesma fosse omissa ou nos casos considerados como necessários ao bem comum, pelo uso das denominadas prerrogativas<sup>45</sup>.

Inspirado em Locke, Montesquieu, em sua obra “*Esprit des lois*”, formulou a divisão dos poderes e funções e, sob o mesmo argumento de que só pode haver liberdade na lei, concluiu que é dado a cada um o direito de fazer tudo que a lei não proíbe. Por considerar perigosa a concentração do poder e, reconhecendo a dificuldade em evitar que o detentor do poder dele abuse, concluiu que apenas um poder poderia deter o outro. Daí efetuou a divisão de política dos poderes soberanos, atribuindo aos órgãos respectivos o exercício das funções estatais, nos seguintes termos: poder Legislativo; o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (poder Executivo do Estado) e o poder Executivo das coisas que dependem do direito civil (poder Judicial).<sup>46</sup> Para que houvesse colaboração e fiscalização recíproca entre as funções criou a *faculté de statuer* e a *faculté d’empêcher*, preconizando a necessidade de atuação harmônica.<sup>47</sup>

A aplicação prática da teoria de Montesquieu acabou por conceder ao Executivo, com a *faculté de statuer*, o direito de participar da elaboração das leis. Também concedeu, com a *faculté d’empêcher*, o direito de vetá-las nos casos em que fossem inexecutíveis ou consideradas contrárias ao interesse social, observando-se o protagonismo de tal Poder, mas igual possibilidade não foi concedida ao legislativo, não se verificando, assim, paridade entre os poderes e restando debilitada a supremacia do legislativo.<sup>48</sup>

Conforme destacado por Paulo Otero, em Montesquieu, apesar da alegada subordinação do executivo a lei, com a *faculté de empêcher* possibilitou uma atuação conjunta com o legislativo, o que determinou desenvolvimentos diversos entre a vertente moderada e a vertente progressista do liberalismo, repercutindo na legalidade administrativa de acordo com a vertente seguida: no que concerne à vertente progressista, voltada à supremacia do poder Legislativo, como havia subordinação do executivo a legalidade democrática, não podendo o executivo participar da criação da lei, entende-se uma heterovinculação do executivo a legalidade administrativa; na vertente moderada, representado pela conservadora do

---

<sup>45</sup>Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 191.

<sup>46</sup>Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência....**, pp.191 ss.

<sup>47</sup>Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência ....**pp. 193 ss.

<sup>48</sup>Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência ....**p. 194.

liberalismo, embora a iniciativa da lei partisse do parlamento, prevalecia a vontade do monarca, em face do veto, resultando na autovinculação do Executivo à legalidade administrativa.<sup>49</sup>

Consoante se lê dos ensinamentos doutrinários acerca da obra de Montesquieu, este reconheceu a impossibilidade de exclusividade no exercício das funções. Também preconizou a necessidade de cooperação e fiscalização recíproca entre os órgãos, como forma de evitar a destruição da liberdade pelo abuso do poder. Entretanto, a aplicação prática da separação dos poderes revela que nunca o executivo esteve alheio à legalidade que aplica ou totalmente heterovinculado, mesmo na vertente progressista, onde se conferiu menor autonomia ao executivo, por ser a lei criada pelo legislativo. Houve sempre uma participação do executivo, que nunca esteve alheio a criação da legalidade a que estaria submetido. Também, a inexistência de juízes profissionais e independentes, aliada a impossibilidade de o juiz interpretar a lei face a desconfiança dos revolucionários, impedia o controle adequado das demais funções.<sup>50</sup>

Inexistia, pois, o equilíbrio e harmonia entre poderes defendido, havendo, ante as muitas ambiguidades interpretações radicais e mecanicista, o favorecimento a interesses individuais e privilégios de classes. Tudo isso ainda se reflete, especialmente no Direito público brasileiro e Português, diante da origem comum do regime jurídico administrativo, com conceitos e institutos que se ressentem do favorecimento ou protagonismo de órgãos e funções, interessando ao tema.

### **2.1.1 AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Observa-se, que na Revolução Francesa, a “fórmula prática” de Montesquieu foi convertida numa doutrina de exercício da soberania, conforme se nota da Declaração dos Direitos do Homem votada em 1789, que exigia em toda a sociedade a garantia de direitos e a separação de poderes, para que houvesse constituição. Nesse sentido é que teoria de Montesquieu pode ser inferida do conceito liberal de Constituição política de 1791.<sup>51</sup>, que tendo proclamado a indivisibilidade da mesma acrescenta que o poder não poderia ser exercido

---

<sup>49</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, pp. 91- 92.

<sup>50</sup>Cfr CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional ...**p. 193.

<sup>51</sup> Cfr.CAETANO, Marcello, **Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 195

diretamente pelo povo, mas por delegação ao legislativo, executivo e judiciário, que ante a indivisibilidade da soberania, transformam-se em soberanos, traduzidos em poder da “Nação”.

52

A interpretação mecanicista do princípio da separação de poderes, com a divisão de órgãos de soberania associada à atribuição de competências exclusivas às funções, conferida a Constituição monárquica francesa de 1791, acabou por produzir uma atuação formal, afastando-se do ideal de Rousseau e da interpretação inglesa, além de não coincidir com a americana ou mesmo com a sugerida por Montesquieu<sup>53</sup>.

A Constituição Republicana francesa de 1793, no entanto, apesar de representar o espírito mais original da Revolução Francesa, que atribui ao povo o poder supremo, baseada nas ideais de supremacia da lei de Locke e Rousseau, acabou por constituir uma democracia antiliberal e favorecer o totalitarismo, diante do extremismo.<sup>54</sup>

Na interpretação americana da separação dos poderes, observa-se como a Constituição da Filadélfia aplicou a formula de especialização dos órgãos, preconizada por Montesquieu. Apesar de haver posicionamentos negando a influência deste, parece patente a influência, tendo sido o poder organizado nos termos em que se buscou a repartição de funções, obrigando a colaboração entre os órgãos, onde: o Executivo pode ser exercido por um só homem, com plenos poderes para atuar, desde que observe a lei, cuja elaboração não participa, mas pode opor a revisão junto ao Congresso antes de promulgada; a função legislativa entregue a várias, num sistema bicameral; Os Tribunais são independentes, podendo anular atos ilegais do executivo e inconstitucionais do Legislativo.<sup>55</sup>

Observa-se que, no regime parlamentar, a teoria da separação de poderes resultou nas prerrogativas do governo repartidas entre o rei constitucional, legitimado pelo princípio monárquico hereditário, e o parlamento, de fundo relativamente democrático, havendo uma separação mais branda. Já no presidencialismo, associado à forma republicana, não se precisou

---

<sup>52</sup> Cfr. CAETANO, Marcello, **Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 196

<sup>53</sup> CAETANO, Marcello, **Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 196

<sup>54</sup> Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência e Direito Constitucional**, pp. 195-196.

<sup>55</sup> Em sentido semelhante, cfr. Marcello Caetano, **Manual de Ciência Política**, p. 195.

buscar o equilíbrio político da competência com as forças vencidas do passado absolutista, conforme ocorreu na monarquia, que foi limitada pelo regime parlamentar.<sup>56</sup>

## 2.2 FILOSOFIA LIBERAL E CONTRADIÇÕES À SUPREMACIA DA LEI

Além das ambiguidades à Teoria de Separação dos Poderes é importante ressaltar as contradições à filosofia liberal.

Na concepção contratualista, algumas correntes doutrinárias ganharam projeção na história do Estado moderno, sobressaindo-se, conforme referido por Jorge Miranda, os posicionamentos de representantes como: Hobbes, Locke, Rousseau e Kant.<sup>57</sup> Nessa linha, interessa ao tema, no que refere as interpretações à supremacia da lei, mencionar as contradições, conforme apontadas por Paulo Otero, nas concepções de John Locke, Rousseau e Kant, defensores da supremacia do parlamento e da lei, posto que estes forneceram o *material genético subjacente aos alicerces liberais do princípio da legalidade administrativa*.<sup>58</sup>

John Locke entende que é no consenso da sociedade que se ampara o fundamento e autoridade da lei. Encontrando no povo o “elemento legitimador da força e da obrigatoriedade das leis”, considerou o Poder Legislativo como um poder supremo, pois só ele é suscetível de “emanar leis, estando aí o consenso da coletividade” ou por todos os poderes “dele dimanarem”<sup>59</sup> (poder executivo e poder federativo); considerou que ao executivo cumpria velar pela aplicação permanente das leis; e ao poder federativo atribuiu os cuidados com a segurança e interesses externos.

Na divisão efetuada por Locke, entre os órgãos do executivo e do legislativo, este não confiou em atribuir, a quem já detém o poder (governo), a faculdade de produzir as leis e executá-las. Reuniu os órgãos representantes do executivo e federativo, entendendo ambos dependentes da força pública. Criou limites ao Legislativo e admitiu prerrogativas ao Executivo,<sup>60</sup> em nome da margem de liberdade de ação, que considerava necessária ao

---

<sup>56</sup> Cfr. BONAVIDES, Paulo, **Manual de Ciência Política**, p. 153.

<sup>57</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II, parte III, P. 14.

<sup>58</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, p. 54.

<sup>59</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, p. 55.

<sup>60</sup> Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, pp. 192ss.

desenvolvimento das atividades do Executivo. Tais prerrogativas conferiram ao Executivo a possibilidade de *suprir omissões da lei, temperar sua rigidez ou melhor adaptá-la*.<sup>61</sup>

A utilização de prerrogativas, que confere uma atuação à margem da lei, em certas circunstâncias, no entanto, consoante observado por Paulo Otero, acabou por representar contradição à supremacia do poder legislativo.<sup>62</sup>

Na filosofia política de Rousseau impera a ideia de que os homens são os verdadeiros titulares do poder soberano, senhores cada qual de sua liberdade. No entanto, reconhecendo a impossibilidade de estarem todos simultaneamente no exercício do Poder, admitiu a fórmula da representação por maioria. Nesse sentido é que considerou que a liberdade reside na subordinação às regras estatais tendo em vista que representam a vontade geral, expressa por sua maioria, devendo a lei, sendo geral e abstrata, prevalecer, por ser o povo o seu verdadeiro autor.

O entendimento de que a lei emana do povo, que se encontra representado no legislativo, pela sua maioria, conferiu, ao legislativo, posição suprema em relação aos demais órgãos de soberania, podendo controlar a atuação do executivo ou até mesmo substituí-lo, sendo este mero executor da lei.

A obediência ilimitada às regras produzidas por uma maioria, independentemente do conteúdo da lei, no entanto, proporcionou uma democracia totalitária, tendo em vista o critério meramente formal da representação da vontade popular consagrada pela maioria<sup>63</sup>.

Note-se, todavia, que conforme assinalado por Paulo Otero a ideia de que compete ao Executivo apenas executar a lei, aplicando aos atos individuais a vontade popular nela consagrada, por intermédio do seu órgão soberano, mostra-se contraditória com o reconhecimento de Rousseau de que, a inflexibilidade da lei, tornaria impossível sua adaptação aos acontecimentos, podendo causar a destruição do Estado. Admite, então, como necessária, em certas circunstâncias anormais, a intervenção de um ditador, *chefe supremo temporário (magistrado do executivo), para que possa calar as leis*. Tal exceção deixa transparecer o

---

<sup>61</sup>Cfr. Expressões de Marcello Caetano, Cfr. CAETANO, Marcello, **Manual de Ciência** ...pp. 192.

<sup>62</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, p.57.

<sup>63</sup> Paulo Otero, *apud* Diogo Freitas do Amara, cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, pp. 57ss.



reconhecimento de Rousseau à suficiência do poder legislativo somente em condições normais.<sup>64</sup>

Para Immanuel Kant, o homem é dotado de uma dignidade que não admite seja ele tratado como coisa. Por isso, considerando-o como *sujeito de todos os fins*, entende estar na autonomia da sua vontade a expressão da liberdade. Todavia, reconhece a impossibilidade da unanimidade das vontades individuais e, assim como Rousseau, aceita a representação da maioria, apurada por votos dos súditos que conquistaram a qualidade de cidadãos.<sup>65</sup>

Na ideia de que a liberdade reside *na igualdade de todos e na independência de cada um*, Kant formula o *estatuto jurídico nuclear dos cidadãos*, que fornece as bases à Constituição Republicana, que, num sistema representativo, conduz à ideia de que um poder não pode invadir o espaço do outro.<sup>66</sup>

A lei surge, assim, em Kant, como expressão da soberania do povo e da razão, devendo, por conseguinte, ser respeitada, por todos. A desobediência à lei representa a destruição da própria constituição, que só pode ser descumprida se houver autorização expressa. Consagra, com isso a negação ao direito de resistência e nega o estado de necessidade, posto que as ordens do Chefe do Estado, que não estava adstrito à lei, deveriam ser cumpridas, independente do conteúdo.<sup>67</sup>

Ocorre que, se ninguém poderia descumprir a lei, não se poderia excetuar o chefe de Estado. Tal exceção demonstrava resquícios do absolutismo, não coincidindo com um Estado fundado no ideal que reconhece ao homem a origem do poder.<sup>68</sup> Por isso, o Estatuto do Chefe do Estado representou uma das mais fortes contradições da *filosofia liberal do século XIX e nos inerentes alicerces do princípio da legalidade administrativa*. Consoante destacado por Paulo Otero.<sup>69</sup>

Em tais contradições resta evidenciado que o equilíbrio pregado nas interpretações à teoria da separação de poderes formulada por Montesquieu, *surge negado*.

---

<sup>64</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade.....**, pp. 59.ss.

<sup>65</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**, pp.69-74

<sup>66</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade.....**, pp. 69-74

<sup>67</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade.....**, pp.69-74

<sup>68</sup> Cfr.OTERO, Paulo, **Legalidade.....**,pp.69-74

<sup>69</sup> Expressões de Paulo Otero. Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade....**, pp. 74

### 2.2.1 INFLUÊNCIAS DAS CONTRADIÇÕES ÀS CONCEPÇÕES ADEPTAS AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E AO MONÁRQUICO

A figura do Chefe de Estado de Kant favoreceu as teses defensoras do princípio monárquico que se opunham às teses defensoras do princípio democrático. O princípio monárquico, recepcionado por simpatizantes do *ancien regime*, com origem remota no modelo vigente na Europa continental, antes das revoluções liberais, conferiu centralidade ao monarca. De forma que, reivindicações da ala radical do liberalismo que defendia a supremacia do parlamento, com legitimidade democrática e consequente submissão do executivo, não impediram o desenvolvimento da concepção baseada no princípio monárquico, transformando o monarca como órgão supremo do Estado, com legitimidade própria e com esfera de decisão que prevalecia sobre o parlamento, modificando o entendimento democrático-parlamentar da legalidade administrativa. Esta acabava sendo um produto com origem na vontade do monarca. Tal concepção liberal com base na supremacia do princípio monárquico, apesar da origem na França, comportou duas formulações no pensamento político europeu: uma de matriz germânica e outra de matriz francesa.<sup>70</sup>

A formulação de matriz germânica, herdeira de Kant e com expressão em Hegel, que superou o contratualismo de Rousseau, concebeu o Estado como unidade íntima entre o individual e o universal, colocando-o acima dos interesses particulares e coletivos. Em tal modelo o indivíduo só realiza sua liberdade como membro do Estado, importando mais o Estado que a proteção do indivíduo.<sup>71</sup> Hegel considerou que a “Constituição representa ‘*espírito de um povo*’, algo ‘*ainda incriado*’, tendo cada povo a ‘*Constituição que lhe convém e se lhe adequa*’[...].”<sup>72</sup> E, por entender falsa, a independência entre poderes, filia-se a uma concepção de unidade do poderes e funções, e dividindo o poder político do Estado em três: o Poder Legislativo, para definir e estabelecer o universal; o Poder do Governo, a quem compete vigiar as coletividades integrantes da sociedade civil, para fins de conservação do interesse geral; e o Poder do Príncipe, que reúne os demais poderes numa unidade personificada<sup>73</sup>. Nessa linha,

---

<sup>70</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade**....,p 78

<sup>71</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade**....,p. 78, 79

<sup>72</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade** ...pp.80,81.

<sup>73</sup>Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade**....,p. 81

Hegel coloca-se sempre no ponto de vista de quem governa, não sendo a Constituição, nesse caso, instrumento garantístico, contra eventuais abusos do poder, invertendo, assim, os alicerces revolucionários da concepção democrática e da separação de poderes. O poder do monarca é incondicionado, sendo a legalidade administrativa autovinculada.<sup>74</sup>

Na matriz francesa, teorizado por Benjamim Constant, que também se contrapõe à concepção de Rousseau, por considerar que o reconhecimento em abstrato de uma soberania ilimitada ao povo pode resultar na perda da liberdade, considera necessária a cooperação entre os poderes, segue o desenho traçado por Montesquieu, mas acrescenta um quarto poder, para fins de promover a cooperação entre os demais, adaptando o princípio da separação em quatro poderes constitucionais: o real, o executivo, o representativo e o judicial. O legislativo, representado pelas assembleias, dependia da sanção do rei; o executivo, representado pelos ministros; o judicial, representado pelos tribunais; o poder real colocado como neutro.<sup>75</sup> A intervenção do poder real sobre todos os outros coloca o monarca no centro, fazendo de vértice da separação dos poderes. O legislativo é partilhado por dois órgãos, competindo ao parlamento a primeira palavra e ao monarca a última. Sem a aprovação do monarca, não há lei. Tal postura de Constant deveu-se a crítica que assumiu em relação ao poder legislativo, entendendo que representantes do povo, na ausência de limites, transformavam-se em tiranos, servindo o veto do monarca para reprimir atividade “indiscreta” das assembleias.

No entanto, considerando-se que a legalidade administrativa resultava da síntese entre as vontades envolvidas e não podendo considerar estivesse o executivo alheio a tal vontade, tampouco livre da intervenção constitutiva do monarca, não existia heterovinculação do executivo: a força jurídica da lei não era resultado do parlamento, sim do órgão superior do executivo, o monarca. Este detinha o poder real e impulsionava o executivo, além de contar com o poder de veto.<sup>76</sup>

Conforme se depreende do exposto, as interpretações conferidas ao princípio da separação dos poderes, bem assim aspectos relacionados a contradições no que concerne à supremacia da lei, facilitaram a concentração do poder e protagonismo de órgãos e distorções

---

<sup>74</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade...**, pp.78 ss.

<sup>75</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade e Administração Pública**. p. 86.

<sup>76</sup> Cfr. OTERO, Paulo, **Legalidade...** pp. 85ss.

do princípio da legalidade, especialmente considerando que o executivo nunca esteve alheio à legalidade a que se submete.

Todas essas ideias fornecem um panorama do Estado liberal e das diferentes interpretações da doutrina da Separação e seus reflexos na criação e aplicação do direito nos ordenamentos em tela, cujos reflexos, conforme se demonstrará infra, são notados no tema. Tais distorções dos ideais revolucionários, facilitados pelas contradições acerca da supremacia da lei e interpretações favorecedoras da realização de projeto de classes dominantes, aliados a outros fatores políticos, sociais e econômicos, não impedem a conclusão de que, o projeto de racionalização do Estado, concretizado pela burguesia, a despeito de se prestar a realização dos objetivos dessa classe, representa vitória do “Direito sobre o arbítrio”<sup>77</sup>. Isso se comprova quando se vê que, mesmo utilizando uma particular concepção da separação de poderes, a limitação do Estado ocorreu através de instrumentos jurídicos, considerando que foram estabelecidos conjunto de órgãos, com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes, em que a supremacia do legislativo restara consagrada pelo império da lei, bem assim a submissão do executivo à legalidade<sup>78</sup>.

Nota-se, assim, que houve limitação jurídica ao poder voltada a garantir direitos fundamentais. Apesar dos termos em que foi concretizada em que foi negada a democracia social, já que a contraposição ao arbítrio do Estado de Polícia foi motivado exclusivamente com o fim “de garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista [...]”<sup>79</sup>

Diante do quadro traçado, considera-se como características predominantes do Estado de Direito Liberal, dentre as que mais interessam ao tema proposto, no que concerne a evolução da proteção aos direitos fundamentais, em linhas gerais: Estado mínimo, absenteísta, positivismo jurídico, garantístico de alguns direitos e liberdades, na dimensão subjetiva individualista, voltado a proteção de interesses econômicos e pessoais de classes dominantes. Tudo sendo possível graças a manipulação de instrumentos jurídicos e conceitos, como o da supremacia da lei e da separação dos poderes, legalidade administrativa, conducente a

---

<sup>77</sup> Expressão utilizada Por Jorge Reis Novais, Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 74

<sup>78</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito**, p. 74.

<sup>79</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 73

interpretações voltadas a alcançar garantias de previsibilidade dos atos do Estado e autonomia dos indivíduos, em benefício, em favor e de poucos, de alguns direitos fundamentais, oponíveis ao Estado e a terceiros.

Os reflexos no que refere ao constitucionalismo liberal, nos sistemas que Inglês, Francês e americano e influências nos direitos fundamentais, entende-se que não há que se falar em fiscalização da constitucionalidade na Inglaterra ou na França. Na França, pelo fato da Constituição ser considerada como Carta Política, não sendo aplicada a Constituição contra a lei. Na Inglaterra, por ser a Constituição histórica e não escrita, sendo as regras sobre organização do poder político e liberdade individual originárias dos costumes e convenções, havendo supremacia do parlamento. Já a Constituição norte-americana é documento jurídico fundador e uma lei superior, sendo valorativa e pragmática e havendo fiscalização da constitucionalidade.<sup>80</sup>

De qualquer forma, ainda que inexistisse controle, na Europa da constitucionalidade, houve a consagração de Direitos fundamentais por Constituições e respectivas Declarações, o que conduz a ideia do reconhecimento pelo Estado dos direitos fundamentais como superiores e anteriores a si, ou seja, como limites indisponíveis que só pode transpor por meio de procedimentos pré-estabelecidos. Há, assim, o reconhecimento da superioridade dos direitos fundamentais. Isso não significa a concessão pelo Poder de Direitos, mas apenas o reconhecimento jurídico dos mesmos, proclamando-os com o intuito de garanti-los.<sup>81</sup>

Assim, observa-se que a racionalização e limitação jurídica do Poder, no Estado de Direito Liberal, por meio da supremacia da lei ou de acordo com a interpretação a teoria da Separação de Poderes garantiu direitos fundamentais ao homem, não obstante o individualismo de grupos e manipulações que criaram Estado mínimo e garantidor de direitos fundamentais específicos e para poucos. Direitos fundamentais que, no entanto, conforme proclamados “na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e nas Declarações Americanas de 1776, são direitos naturais imprescritíveis.”<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Cfr. MELO, Jose Alexandrino, **Lições de Direito Constitucional**, p. 67.

<sup>81</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito**, p. 77.

<sup>82</sup> Cfr. Expressões de Jorge Reis Novais, **Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito**, p. 77

Verificada a possibilidade de distorções a interpretação da Lei, além de outros artifícios que foram fartamente narrados, conclui-se que não basta a consagração dos direitos fundamentais, sendo necessário, a limitação dos Poderes do Estado, com o reconhecimento da supremacia da Constituição em relação ao poder legislativo ordinário, para impedir que o Estado, por meio do parlamento, readquira poderes que foram reconhecidos como supra estaduais. Diante disso, mesmo se constatando que o liberalismo não se beneficiou das consequências da superioridade formal da Constituição, de fato, abriu caminho, para tal. Prova disso está no reconhecimento dos poderes constituinte e constituído, além da aplicação prática, na história da fiscalização da constitucionalidade, no Constitucionalismo dos Estados Unidos.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito, p. 78.;

## **CAPÍTULO III**

### **3.0 O ESTADO SOCIAL E CONSTITUCIONALISMO DO PÓS GUERRA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como mencionado, fatores políticos, culturais, sociais e econômicos colaboraram, para que, características do Estado liberal, não obstante a limitação jurídica voltada as garantir as liberdades individuais, impedissem que iguais condições fossem estendidas a toda sociedade. A desigualdade daí advinda e a manipulação do poder resultaram na desagregação desse Estado.

Note-se que ideais de Justiça Social e maior proteção à dignidade humana e aos direitos sociais já se podiam encontrar nas Constituições do México em 1917 e na da Alemanha em 1919. No entanto, os grandes conflitos mundiais, que geraram menoscabo aos direitos humano, demonstraram a necessidade de ser concedida maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Com o advento do Estado Social, mesmo após a prevalência do princípio democrático na maioria dos Estados constitucionais ocidentais, bem assim o reconhecimento da normatividade constitucional, com a consagração do princípio da constitucionalidade, para fins de oferecer efetiva proteção dos direitos fundamentais, reflexos de outras fases continuam a influenciar a interpretação e aplicação do Direito.

Observa-se que os novos desafios do constitucionalismo do pós-guerra, resultaram na inserção do princípio da dignidade humana, na maioria das constituições dos Estados ocidentais, com o reconhecimento do seu valor jurídico. Nesse sentido, pela interpretação constitucional foram implementadas as condições para a consolidação de várias democracias em diferentes momentos. Países como Brasil e Portugal, por exemplo, que contaram com longos períodos de ditadura, somente, após as Constituições atuais, de 1976, em Portugal, e de 1988, do Brasil, passaram a contar, efetivamente, com os novos impulsos do constitucionalismo.

Os textos das Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) passaram a espelhar série de compromissos, expressados em inúmeras disposições normativas constitucionais, para fins de assegurar a proteção aos direitos fundamentais do homem. Tais países, apesar de textos constitucionais anteriores veicularem disposições consagrando direitos fundamentais, por viverem longos períodos de regimes ditatoriais, passaram por retrocessos e avanços, com relação ao respeito as liberdades. Períodos em que regimes ditatoriais

desprezavam o conteúdo das normas constitucionais, conferindo-se à interpretação critérios formais, espelhados em influências de fases totalitárias anteriores, com predomínio de arbítrios.

Os Estados Constitucionais contemporâneos, em análise, hoje qualificados como Estados de Direito e Democráticos, após as Constituições atuais inauguraram ordens jurídicas voltadas a melhoria das condições sociais. Diante disso, seus ordenamentos espelham compromissos com ideais de justiça, igualdade e solidariedade social, conferindo efetividade aos direitos fundamentais. No entanto, diante da estrutura principiológica dessas normas, do aumento dos encargos assumidos pelo Estado Social, da pluralidade de interesses que são representados em leis, da descentralização de atos legislativos e administrativos, evolução tecnológica, globalização, além de outros fatores, não é difícil notar quão complexa se torna a interpretação jurídica, dirigida a tais fins.

Nesse cenário, de crescente complexidade, onde as normas de direitos fundamentais ocupam lugar de prioridade, em relação às demais, pela estrutura de princípios e abertura necessária que apresentam, para adequação de situações que não podem estar previamente estabelecidas em leis, não é incomum que surjam conflitos entre interesses, expressos por normas de igual ou superior hierarquia. Estas, igualmente podem apresentar estrutura principiológica ou de regras, mas nenhuma a salvo de conter abertura, indeterminações, polissemias e outros aspectos comuns.

Todos os fatores mencionados aliados, ainda, a multifuncionalidade das normas de direitos fundamentais e a constante tensão entre plurais interesses, presentes em Estados de Direito Democráticos, dentre outros fatores influenciam na criação ou aplicação do direito e repercutem no tema, conforme se observa em algumas normas que são objeto do tema, daí a necessidade de algumas considerações, no tópico a seguir, acerca dos direitos fundamentais.

### **3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Além das referências anteriores ao princípio da dignidade da pessoa humana que constitui base material das Constituições dos Estados em análise, as influências da fase liberal, especialmente as relacionadas a origem do direito administrativo, que influenciam o direito



público desses Países, convocam para uma verificação das implicações dos direitos fundamentais, no Estado Social, a fim de evidenciar aspectos que envolvem o tema.

Apesar das diferenças nos ordenamentos constitucionais em tela, algumas que se infere das especificidades que serão referidas, no presente tópico, no trato dos direitos fundamentais, aspectos teóricos que aqui são mencionados repercutem nos procedimentos e processos fiscais respectivos que envolvem o tema.

A expressão genérica direitos e garantias fundamentais, utilizada no Brasil, refere-se as diversas espécies de direitos (individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, direitos políticos) conforme tendência que, a partir da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, se verifica no direito comparado. Já no que refere ao plano do direito internacional ou da filosofia política e ciências sociais há o predomínio da expressão direitos humanos.<sup>84</sup>

Desde a Constituição de Weimar a expressão “direitos fundamentais”, tem sido utilizada nos textos constitucionais e na doutrina. Sobre a expressão, Jorge Miranda informa a preferência de Paulo Otero pela expressão “direitos humanos”, já que entende aí concentrar o essencial, que é o estatuto da pessoa humana, discordando do “alargamento, despersonalização ou diluição” de tais direitos, manifestando-se contrário ao que, nas últimas décadas do século XX, considera como progressiva perda de fundamentalidade. Argumentos que não são acolhidos por Jorge Miranda, por entender tal alargamento, em verdade, como a tradução de uma inserção comunitária, sem a qual a pessoa humana fica desamparada.<sup>85</sup>

A expressão Direitos Fundamentais é entendida, ainda, como *garantias jurídico-constitucionais* que foram elevadas a natureza de normas constitucionais, como reflexo da vinculação material do Estado, e como forma de restar assegurada a “supremacia jurídica, formal e vinculativa” de tais normas, perante os poderes constituídos.<sup>86</sup>

A Constituição Portuguesa, apesar da existência de um regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais, quer se encontrem no catálogo de direitos fundamentais, quer se encontrem fora desse catálogo, distinguiu os direitos, liberdades e garantias e análogos, dos

---

<sup>84</sup> Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil, p. 184.

<sup>85</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, p. 16.

<sup>86</sup> Nas palavras de Jorge Reis Novais: “os direitos fundamentais são garantias jurídico-constitucionais que foram elevadas à natureza de normas constitucionais, não somente como reflexo simbólico da vinculação material do Estado mas, também, para vincar e conferir uma supremacia jurídico, formal, vinculativa dos poderes públicos constituídos”. Cfr. Jorge Reis Novais, **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**, p. 17.

direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, consagrou especificidades, aplicáveis aos direitos liberdades e garantias e aos direitos análogos. Contudo, não se pode dizer que existam dois grupos diversos de direitos fundamentais ou que existem regimes distintos.<sup>87</sup>

Ressalte-se no tocante aos direitos sociais, que Jorge Reis Novais entende não haver explicação para que se haja desenvolvido toda uma dogmática jusfundamental para os direitos de liberdade, com base na “elaboração doutrinária e jurisprudencial germânica, em torno dos limites aos limites, designadamente em tópicos como reserva de lei ou princípio da proibição do excesso ou de temas controversos como ponderação de bens ou os limites imanes”, deixando de aí incluir os direitos sociais, igualmente consagrados, no Brasil e em Portugal, como direitos fundamentais. Observa que o falar de direitos fundamentais envolve “falar em restrições, limitação ou delimitação do conteúdo, controle do legislador e da administração à luz dos *limites aos limites*”. Mas segundo entende, quando se fala em direitos sociais refere-se, na melhor das hipóteses, a “nebulosas” como *reserva do possível*, *proibição do retrocesso*.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>Gomes Canotilho entende que aos direitos, liberdades e garantias, o legislador conferiu “regras reforçadas”. Mas o estabelecimento de “direitos qualificados” e “garantias reforçadas” não quis reduzir o regime geral a disciplina mais “frouxa” ou com menor dignidade, tão só criar um “regime que exprima a natureza desses direitos”. Considera, no entanto, que nos direitos sociais possam existir certas “dimensões, impositiva e prestacional” mais típicas deste grupo de direitos. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pp. 415 e 416.

<sup>88</sup> Ainda sobre direitos sociais, também menciona, Jorge Reis Novais, que a ausência de tratamento dos mesmos, nos moldes em que a doutrina brasileira e portuguesa tratam os demais direitos fundamentais, deve-se ao fato essas doutrinas encontram inspiração na alemã e, excepcionalmente, na norte-americana, mas em tais Países “os direitos sociais não são direitos fundamentais, não são direitos constitucionais. Por isso se há necessidade de serem protegidos tais direitos se recorre a sucedâneos como a proibição do retrocesso ou a proteção dos direitos derivados, por via indireta pelos “guardas de flanco” que são: a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade ou o princípio da proteção da confiança”. Aduz que diante da recepção injustificada desses conceitos, também a jurisprudência assim se manteve, mas não se justifica tal tratamento aos direitos sociais, sendo necessário uma teoria ou dogmática unitária dos direitos fundamentais, conforme, segundo ele, já observado, também por Vasco Pereira e André Salgado. Esforço teórico que menciona já haver realizado na obra *Direitos Sociais*, onde também consta que o princípio da “proibição do défice desempenha no domínio da afetação dos direitos positivos relevo análogo àquele que o princípio da proibição do excesso desempenha no domínio das restrições aos direitos negativos”. Ressalta, ainda, que há em tais restrições “necessidade de estruturar essas especificidades em torno das diferentes reservas que afetam a validade e eficácia, como sendo uma *reserva geral imanente de ponderação*, e uma *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, bem como da conhecida e controversa *reserva do financeiramente possível*”. Como o autor considera imprescindível averiguar os deveres estatais: de respeitar, promover e proteger, entende que qualquer direito fundamental de liberdade ou social projeta sobre o Estado e as entidades públicas esse feixe complexo e tripartido de deveres cujo incumprimento resulta na inconstitucionalidade eventual. Por isso em função do particular dever estadual que estiver em causa na situação concreta é que que intervém a aplicabilidade de cada uma das reservas já referidas. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, p.04.

Os conceitos formulados, para os direitos fundamentais, exprimem a relação mais ou menos direta aos direitos do homem, porém reconhece-se que há um complexo de situações em que se pode inferir direitos fundamentais.

Algumas hipóteses que serão mencionadas podem desencadear violações a direitos fundamentais de natureza material ou processual. Mas não comporta, no presente estudo, discutir todas as diferenças que envolvem o tratamento reforçado dispensado pela Constituição Portuguesa aos direitos liberdades e garantias e análogos, em relação aos direitos económicos e sociais e culturais, que, ao final, parece refletir que aos direitos sociais foi deixada ao legislador, maior liberdade, no que refere as limitações, que se observa. Sobre essa margem, Canotilho prefere mencionar que há, para os direitos sociais, “dimensão impositiva e prestacional”<sup>89</sup>.

Ao tratar das normas que processuais que envolvem o tema, observa-se a importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, além de outros aspectos que serão referidos, interessando tanto aos interesses representados pelo Estado Exequente, como para os interesses do Executado, considerando que as execuções, aqui em comento, visam a cobrança forçada de créditos relacionados a impostos.

Apesar dos estágios de evolução, no Estado social dos direitos fundamentais deixarem claro quanto já se avançou no tratamento dos direitos fundamentais, existem casos concretos, como os que se referem ao tratamento diferenciado as partes no processo, onde nem sempre se percebe haja evolução dos termos da vinculação do legislador às normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, algumas considerações gerais sobre tais aspectos em ambos os Países, que se relacionam ao tema, são importantes.

### **3.1.1 DUPLA DIMENSÃO: OBJETIVA E SUBJETIVA**

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais afeta a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, trazendo consequências as restrições operadas, uma vez que tal reconhecimento evidencia a superação da concepção liberal mais

---

<sup>89</sup> Expressões utilizadas por J.J.Gomes Canotilho, que diferencia das expressão “regras específicas” utilizada por Jorge Miranda, ao referir-se ao sistema instituído para os direitos liberdades e garantias, no art. 18, nº 2, da CRP.

associada ao caráter negativo e de defesa, assentada na dimensão subjetivista. Colaboraram para tal reconhecimento: a teoria institucional, a teoria dos valores e a teoria social.

Apesar de não se desenvolver maiores considerações, na presente dissertação ao conteúdo e as diversas opiniões sobre tais teorias, interessa ao entendimento do tema, síntese apertada, acerca das teorias institucional, de valores e social. Também cabe ressaltar que todas elas guardam em comum o reconhecimento da chamada dimensão objetiva dos direitos. A teoria social mostra-se importante diante do compromisso do Estado com a ordem social. Mas por meio de todas elas reconhecem-se outros elementos, que não se referem apenas a dimensão subjetiva, como as ideias sobre “valor”, “instituto” e “deveres” de promoção e prestação do Estado, que se relacionam aos direitos fundamentais.<sup>90</sup>

Para a Teoria Institucional, o duplo caráter constitui a essência dos direitos fundamentais, apresentando-se, no que refere aos titulares, como direito subjetivo público, mas no que toca as relações da vida, apresenta-se como institutos. Todavia, não há entre os lados relação de complementaridade ou instrumentalidade, sim uma relação de integração. Tal teoria valoriza, até mesmo nos tradicionais direitos de liberdade, características que comumente são atribuídas as garantias institucionais, também pelo pensamento liberal, cujas características no que concerne ao “sentido de consideração objetiva dos direitos fundamentais enquanto complexos normativos fáticos ou metafísicos constitucionalmente protegidos e cujo núcleo essencial, por esse fato, o legislador deveria proteger”. Mas essa teoria oferece uma proteção reflexa derivada da satisfação do dever estatal para os direitos fundamentais, ou seja, a titularidade de pretensões jurídico-individuais, no quadro da corresponde instituição e respectiva conformação legislativa.<sup>91</sup>

Já a teoria de valores, nos Estados Sociais, seja ou não mantida a dimensão subjetiva e objetiva, em relação à teoria de valores de Weimar, transforma a liberdade em” liberdade-dever ou em liberdade positivamente orientada, funcionalizando a liberdade jusfundamental protegida à respectiva conformidade a um sistema de valores”. Tanto na teoria de valores como na teoria institucional “vem implícita uma diferente apreciação dos possíveis usos da liberdade,

---

<sup>90</sup> Segundo Jorge Reis Novais, Peter HABERLE foi um dos primeiros a chamar a atenção para o duplo caráter dos direitos fundamentais, na Teoria institucional, onde menciona “que os direitos fundamentais apresentam um lado jurídico-individual, enquanto garantem ao seus titulares um direito subjetivo público e um “lado” institucional objetivo, enquanto garantias constitucionais de âmbito de vida e liberdade juridicamente ordenados e conformados”, Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais**, pp. 59 e 60.

<sup>91</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente.....**, pp.60ss.

consoante favoreçam ou não a prossecução do valor que o correspondente direito fundamental expressa”.<sup>92</sup>

Com relação à teoria social reforça a proteção intensiva dos direitos fundamentais, tal qual ocorre com a teoria institucional e com a teoria de valores. Em tal teoria se faz acompanhar por “intenção de reforço extensivo, no sentido de um alargamento qualitativo do objeto e âmbito de proteção dos direitos fundamentais” Dessa teoria, entende-se decorrer para o Estado, tanto um dever de prestar assistência, aos particulares, como de garantir-lhes, em casos de emergência, o acesso a correspondentes prestações ou a instituições estatais, além de obrigar o Estado a criar os pressupostos materiais para o exercício efetivo da liberdade. Essa teoria vem refletindo na progressiva consagração dos direitos sociais.<sup>93</sup>

Entende-se, pois, que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos, mas representam também decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição que se projetam em todo ordenamento jurídico, ou seja, os direitos fundamentais se apresentam na ordem constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos e não apenas garantias negativas e positivas dos interesses individuais”.

94

Importante, ainda, ressaltar acerca da dimensão objetiva que a função outorgada aos direitos fundamentais como parâmetro para criação e Constituição de organizações (instituições) estatais, e para o procedimento. Nesse sentido, entende-se que, das normas de direitos fundamentais, retira-se consequências para aplicação e interpretação de normas procedimentais e processuais, bem assim na formalizar normas de organização<sup>95</sup>.

A dimensão objetiva, mostra-se, assim relevante ao tema, haja vista que os deveres do Estado concretizam-se por meio de normas de procedimento administrativo e judicial, além da criação de órgãos. Cumpre, também, ressaltar que as normas de direitos fundamentais, além de consagrarem direitos subjetivos, também impõem deveres aos poderes públicos, em ambos os casos por meios de regras e princípios<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente .....**, pp.60.ss

<sup>93</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, **As Restrições ao Direitos Fundamentais não expressamente .....**,pp.60ss

<sup>94</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.186

<sup>95</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 156.

<sup>96</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 150ss.

Considerando a dupla dimensão dos direitos fundamentais, subjetiva, como posições atribuídas às pessoas e objetiva, com múltiplas funções na ordem jurídico-constitucional, nota-se os problemas com relação à classificação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as garantias atuam como direitos (tanto na dimensão objetiva como na subjetiva), pois investem o seu titular em uma de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor.

Assim, os direitos fundamentais possuem dimensão objetiva e subjetiva, abrangendo um complexo de posições jurídicas, que vinculam todas as entidades públicas, atribuindo-lhes deveres de respeito, promoção e prestação, conforme a seguir são referidos os destinatários e o modo de vinculação a tais normas (aplicabilidade direta ou indireta).

Tratando-se de execuções fiscais, que tem por objeto a cobrança forçada de créditos de natureza tributária, será utilizada a expressão de direitos fundamentais, em sentido amplo, para referir as situações em que há violações a princípios, por instituição de prerrogativas nas execuções fiscais, que envolvem o tema. Hipóteses que envolvem normas de direitos processuais fundamentais, mas que também podem representar posições subjetivas materiais. É o que será abordado em face da tensão entre normas, no estabelecimento de prerrogativas, por envolver princípios da igualdade e outros princípios processuais, que objetivam conferir efetividade aos direitos fundamentais.

### 3.1.2 TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Note-se que, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, a interpretação do quanto consta do art. 5º caput da Constituição do Brasil e do quanto consta do art. 12 da Constituição Portuguesa não deixa dúvidas, no tocante à recepção do princípio da universalidade, segundo o qual todas as pessoas pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais<sup>97</sup>. O princípio da universalidade, contudo, não está expresso na Constituição brasileira, como está na Portuguesa. Tal princípio não se confunde com o princípio

---

<sup>97</sup> Nesse sentido J.J. Gomes Canotilho esclarece que o princípio da universalidade está expresso na Constituição Portuguesa, art. 12, consagrando direitos fundamentais como “direitos de todos” e não só dos cidadãos portugueses, exceto quando a própria Constituição estabelece reserva dos direitos para os “nacionais” ou cidadãos portugueses, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 417..

da igualdade. Além disso, não pode ser entendido como impeditivo de restrições. Algumas, inclusive, foram efetuadas, na Constituição, seja para brasileiros, seja para estrangeiros. É o que se nota nas diferenças estabelecidas com relação aos brasileiros natos e naturalizados, podendo a universalidade ser ampliada ou restringida.<sup>98</sup>

Sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser titular de direitos fundamentais, a constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não possui cláusula expressa que a assegure, mas a doutrina reconhece tal possibilidade, ressalvada alguma discussão pontual sobre determinadas hipóteses e eventuais limitações decorrentes da natureza de pessoa jurídica<sup>99</sup>. Nesse sentido, mormente em relação a direitos de cunho processual, nota-se maior questionamento, embora também alcance certos direitos de cunho material, como ocorre em relação as universidades, corporações profissionais e até mesmo fundações que podem ser titulares de direitos de propriedade, liberdade de comunicação, etc. De qualquer forma, prevalece a regra geral de que, em havendo compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, em princípio, (prima facie) se reconhece a proteção constitucional. É o que expressam vários julgados do STF, que reconhecem a titularidade de direitos fundamentais a pessoa jurídica, considerando-se que a extensão tem por finalidade a proteção de pessoas físicas<sup>100</sup>.

### **3.1.3 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS E GARANTAS FUNDAMENTAIS**

São destinatários das normas de direitos fundamentais: pessoa física, jurídica ou entes despersonalizados, em relação aos quais o titular pode exigir respeito, proteção ou promoção do seu direito. A constituição Portuguesa prevê a vinculação das entidades públicas e privadas, conforme se infere do art. 18, nº1. Na Constituição brasileira, no entanto, inexistente previsão semelhante.

---

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. p. 190 **Comentários à Constituição do Brasil**. pp. 189

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. p. 193 **Comentários à Constituição**.....p, 189.

Os posicionamentos doutrinários apontam para o entendimento de que, em Estado de Direito Social Democrático, todos poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica pela qual exercem as funções. De forma que, tal vinculação opera-se, seja de acordo com o critério formal institucional, seja com base em critério funcional material. Por isso, estão vinculados os órgãos dos poderes legislativo, executivo e judicial, em suas respectivas funções ou quem exerce, em lugar destes, funções públicas. Até porque, conforme assevera Gomes Canotilho, inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais. Nesse sentido, também Jorge Miranda considera os direitos fundamentais como “baliza ou referencial”, para atos dos poderes públicos.<sup>101</sup>

### 3.1.4 SOBRE APLICABILIDADE DIRETA

Que a Administração e demais entes estatais estão vinculados aos direitos fundamentais, não há aparentemente controvérsia, posto que todos os órgãos soberanos são destinatários de tais normas. Mas os termos da vinculação, no sentido da possibilidade de aplicar diretamente tais normas, em face do princípio da constitucionalidade, não é pacífico. Daí convém seja analisada a aplicabilidade do princípio da constitucionalidade, pelas entidades públicas, aos direitos fundamentais.

No caso de legislador, ante a soberania da Constituição, que substituiu a soberania do parlamento, verifica-se que há uma limitação material em sua tarefa de concretizar a Constituição. Acolhemos, pois, as lições de Ingo Sarlet, ao mencionar, utilizando a expressão de Gomes Canotilho, que existe “dupla limitação”<sup>102</sup> do legislador. Posto que, na acepção negativa, está proibido de editar atos contrários a Constituição; e na acepção positiva possui o dever de conformação de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição.<sup>103</sup>

Há, também, vinculação dos órgãos judiciais as normas sobre direitos fundamentais. Vinculação que se expressa na Constitucionalização da organização dos

---

<sup>101</sup> Cfr. SARLET, Wolfgang Sarlet, **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 193

<sup>102</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes menciona essa “dupla dimensão”. Cfr. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pp. 440 e 441.

<sup>103</sup> Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 195



Tribunais e do procedimento judiciário<sup>104</sup>. Além disso aos tribunais cabe a tarefa clássica da “defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Essa vinculação efetiva-se por meio “do processo justo aplicado no exercício da função jurisdicional ou *da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos materiais*”<sup>105</sup>. Daí, os tribunais, estão sujeitos à mediação da lei, no entanto, se não há harmonia entre a lei e a Constituição, podem, diretamente aplicar as normas que infrinjam o disposto na Constituição.<sup>106</sup> Com base nisso, Ingo Sarlet, que reporta-se aos pertinentes comentários de Jorge Miranda acerca do alcance do art. 5º, parágrafo primeiro, da atual Constituição Brasileira, no sentido de que todos os órgãos jurisdicionais, em quaisquer de seus atos, são destinatários das normas de direitos fundamentais, observando-se aí, além da dimensão negativa, uma dimensão positiva, haja vista que os juízes e os tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a conferir a tais normas a maior eficácia possível, no âmbito do sistema jurídico.<sup>107</sup>

Semelhante visão se infere dos comentários de Alexandrino de Melo ao mencionar que os Tribunais são entidades públicas e, como órgãos de soberania, se submetem a Constituição, estando vinculados aos direitos, liberdades e garantias. Atribui tal vinculação ao princípio da constitucionalidade, a ênfase da ideia de vinculação do Estado e demais entidades públicas aos direitos, liberdades e garantias, bem como pelo encargo de defesa e proteção aos direitos fundamentais que lhes fora confiado.<sup>108</sup>

No que toca à Administração, esta, na interpretação e aplicação, se há *cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados*, ou mesmo margem para discricionariedade deve aplicar ponderação aos pontos de acordo com os direitos fundamentais. Mas também há a questão da Administração poder recusar aplicação de lei inconstitucional, já que há uma vinculação direta aos direitos fundamentais, nos casos dos direitos liberdades e garantias, que não precisa a intermediação do legislador, mas há, também, a vinculação a legalidade. Portanto, a regra geral é de recusar a qualquer agente da Administração o poder de recusar a aplicação/o da lei, ainda que lhe pareça violadora de direitos fundamentais, permanecendo vinculados até a

---

<sup>104</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da** ....., po.446ss.

<sup>105</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da** ....., p.447 e 448

<sup>106</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da**....., p. 447

<sup>107</sup> Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, **Comentários Constituição**....., p. 196ss.

<sup>108</sup> MELO, José Alexandrino, p. 10 **O papel dos Tribunais na Proteção dos Direitos Individuais**

declaração de inconstitucionalidade, podendo representar ao superior, que pode recusar a aplicação, exceto nos casos de serem manifestamente inconstitucionais por inexistente.<sup>109</sup>

Além de todos os órgãos estatais, no exercício das respectivas funções. Entende-se que os privados, no exercício da atividade pública, representam *longa manus* do Estado, não cabendo a alegação de que em sendo atividade privada estejam a salvo da vinculação aos direitos fundamentais. Nesse sentido a Constituição Portuguesa faz referência expressa à vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, conforme apontado por Ingo Sarlet<sup>110</sup>, enquanto a Constituição Brasileira silencia.

No direito brasileiro tem prevalecido a tese de que, em princípio, os direitos fundamentais geram uma eficácia direta, “prima facie”, na esfera das relações privadas. Tal circunstância não se contrapõe ao fato de que no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e entre estes e o princípio da autonomia privada reclama sempre uma análise calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto.

Decisões do STF fazem menção a métodos da ponderação, equilíbrio ou concordância prática, como forma de não sacrificar, por completo, quaisquer dos direitos em causa.<sup>111</sup>

Assim, com relação à aplicabilidade pelos particulares, controverte-se a respeito da eficácia. Uns advogam a eficácia mediata, outros da eficácia imediata e uma posição intermédia. Mas há uma certa convergência no reconhecimento de que também na esfera privada há situações de desigualdade, geradas pelo menor ou maior poder social, conforme ensina Vieira de Andrade, citado por Sarlet.<sup>112</sup>

Diante do quanto es expos, restou claro que, no cenário atual, os direitos fundamentais, cujas normas “irradiam” seus efeitos objetiva e subjetivamente, possuindo, em sua maioria, estrutura de princípios, vinculam os poderes públicos, seja no aspecto material seja

---

<sup>109</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, Cfr. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.pp.444 e 445.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **Comentários a Cosntituição do Brasil**, p. 197.

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, p. 197

<sup>112</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **Comentários à Cosntituição do Brasil**, p.196ss

no processual. Decorrem, pois, de tais normas, o direito a igualdade, *o direito a um processo justo e a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada*.<sup>113</sup>

A vinculação dos entes estatais, em toda as suas atuações, às normas de direitos fundamentais, obrigando-os a respeitar, proteger e promovê-los, no entanto, como já se esclareceu, não autoriza a concluir sejam, os direitos fundamentais, absolutos. O individualismo da interpretação conferida aos direitos fundamentais, na fase liberal, já não se coaduna com o Estado Social, onde aspectos relacionados a cidadania, igualdade e justiça social são reconhecidamente amparados.

Os direitos ligados a cidadania, a igualdade e a justiça social, se mostram, por exemplo, quando se confere a todos o direito de igual participação na escolha dos representantes, nas democracias. Apesar disso, há uma pluralidade de interesses da coletividade geridos pelos representantes, escolhidos pelo critério da maioria, nem sempre harmônicos. Daí se entende que o critério da maioria não serve apenas para impor decisões, mas também, para proteger minorias dos arbítrios de decisões e escolhas contrárias ao ordenamento constitucional. Por isso, normas de organização e procedimentais e processuais visam garantir a participação e acesso a todos, em condições de igualdade, não apenas formal, mas também material, para respeitar, proteger e promover as condições de liberdade e justiça, e que nem sempre se resumem, ao quanto definido pela maioria.

No direito fiscal, tal observância das normas procedimentais e processuais tem especial relevo diante da finalidade dos tributos, não somente arrecadatória, com o fim de gerar receitas, para fazer frente as despesas contraídas pelos Estados, mas, principalmente, pela Justiça Social e outros valores que devem perseguir. Dessa forma, as atividades de criação e aplicação de normas tributárias, cujas fiscalizações e cobranças aí insertas, são imprescindíveis, não podem estar afastadas dos critérios estabelecidos para efetividade dos direitos fundamentais, como um todo, já que visam oferecer melhorias nas condições de vida. Mas critérios de garantismo formal, favorecedor de classes, em nada colaboram para a manutenção de sistemas

---

<sup>113</sup>Cfr. SARLET, Ingo W., *apud*, J.J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 276, menciona o princípio da garantia da via judiciária, pressupõe que, ao lado da criação de processos legais aptos para garantir essa defesa, se abandone a clássica ligação da justiciabilidade ao direito subjetivo e se passe a incluir no espaço subjetivo do cidadão todo o círculo de situações juridicamente protegidas. O princípio da proteção jurídica fundamenta, assim, um alargamento da dimensão subjetiva, e alicerça, ao mesmo tempo, um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas(...).Cfr. J.J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed. Coimbra, Almedina, 1987, p.132.

fundados na dignidade da pessoa humana, conforme já se evidenciou em tópicos anteriores, ao fazer menção de outras fases do Estado.

Nas condições para a efetividade dos direitos fundamentais, tão necessárias ao desenvolvimento e melhorias nas condições de vida, é preciso que sejam observados critérios para conformação das disposições normativas ao sistema de direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade, no contexto das restrições, assume importância maior, não se podendo, de antemão, partir apenas da prioridade da arrecadação, da alegação de igualdade fiscal, capacidade contributiva, se há conflitos com outras normas de direitos fundamentais, também, no momento da cobrança.

Princípios como a celeridade, efetividade e eficácia da cobrança, dentre outros, devem indiscutivelmente ser buscados no processo fiscal, pelo legislador ao elaborar regras de organização e procedimentos, mas não podem ser vistos isoladamente, dissociados dos critérios que conferem supremacia aos direitos fundamentais na interpretação. Tal supremacia, de modo algum estabelece sejam desconsiderados deveres dos devedores, muito menos que sejam irrestringíveis os direitos fundamentais. Mas há que se ter em mente que a restrição só se serão possíveis, nos limites estabelecidos, pela ordem constitucional, que incluem a realização de processo devido, contraditório, bem como outros princípios constitucionais que orientam a relação processual, onde se insere também as execuções fiscais. Já que perseguem a realização da Justiça fiscal.

Reitere-se que a criação de normas, efetuada pelo legislador, não pode estar sustentada em alegações genéricas de cumprimento do interesse público e de outros princípios constitucionais. Além disso, considerando que, logicamente, o legislador não consegue abarcar a imensa variedade de situações que se apresentam, quando da elaboração de leis, deixando espaços necessários que, também, carecem de ser preenchidos nos moldes já referidos, pela Administração, necessário que forneça os critérios possíveis de determinabilidade, facilitando a tarefa desta e do Judiciário, no controle, estando estes, também vinculados ao sistema de direitos fundamentais, conforme já mencionado.

Assim, como já mencionou, em todas as atuações de entes estatais, para solucionar a tensão e conflitos entre os valores expressos por tais normas, pode haver necessidade de restrições/intervenções restritivas. Contudo, há que se ter cautela, para que sejam operadas de forma compatível ao quanto autorizado pelos ordenamentos em tela.

## CAPÍTULO IV

### 4.0 JURISDIÇÃO E PROCESSO

Conforme se já se fez alusão, nos itens relacionados a evolução do Estado de Direito, repercutem no tema especialmente os aspectos que dizem respeito as contradições e ambiguidades que conduziram a criação de um regime jurídico diferenciado para a Administração Pública, com distorções ao princípio da legalidade, que até hoje influenciam o direito público dos Países em que se analisa o tema. Aspectos que, no presente tópico se pode conferir na evolução da jurisdição e processo desses países. Tributárias da origem do direito administrativo, inspirado na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, órgão integrante da estrutura da Administração, que se encarregava de julgar ações que envolviam o Estado, em jurisdição diversa das ações submetidas aos Tribunais comuns.

Criou-se um regime jurídico próprio, com legalidade administrativa diversa da legalidade a ser observada por particulares em ações relacionadas ao Direito comum. Na origem desse regime jurídico se encontram alguns institutos, no direito material e processual, administrativo e tributário (fiscal) contemporâneos, a exemplo de privilégios no crédito e prerrogativas na cobrança. Algumas vezes, constituindo verdadeiros privilégios, às Fazendas Públicas, em desprezo ao princípio da igualdade e outros princípios constitucionais.

Cumprе ressaltar, diante das repercussões dessa origem, com referência a jurisdição, que dois sistemas são encontrados nos Estados de Direito: um que confere ao Poder Judiciário, a imposição do Direito aos particulares, às autoridades e entidades públicas; E o outro é sistema do “contencioso administrativo”, que atribui a organismo especial essa função, quando ela se dirige contra o poder público e respectivas autoridades. Ambos os sistemas podem ser chamados de judiciais se a aplicação da lei fica a cargo do juiz (judiciário ou administrativo).<sup>114</sup>

O sistema francês de “administração executiva” ou de “ato administrativo” difere do modelo inglês de sistema de “administração judiciária”.<sup>115</sup> Mas no contexto dos sistemas de administração executivas dois modelos confrontam-se: um objetivista e um subjetivista.

---

<sup>114</sup> Cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**, p. 228

<sup>115</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira. **A justiça Administrativa**, pp. 11-13.

Inicialmente, em um modelo, o judiciário era considerado como órgão da estrutura da administração; em outro, apesar de não pertencer a estrutura da administração, foi considerado como mero executor da lei. Tais diferenças não impediram que ambos permitissem ao executivo escapar ao controle externo. No desenvolvimento desses modelos, repercussões práticas diversas se percebem, como no que refere à legitimidade da iniciativa processual, nos meios de acesso ao tribunal, bem como nos poderes dos juízes e efeitos das sentenças.

#### 4.1 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO DIREITO PORTUGUÊS

Portugal adotou o sistema francês do contencioso-regra, tendo a jurisdição passado por diferentes fases, observando-se, em termos sintéticos: jurisdição limitada; fase transitória, com alargamento do âmbito do contencioso administrativo e intensificação da proteção dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; a fase atual de direito fundamental dos administrados a uma proteção efetiva (substancial e procedimental)<sup>116</sup>. A presente dissertação, interessa mais especificamente aspectos processuais relacionadas ao contencioso administrativo fiscal.

A constituição de 1976 consagrou o acesso ao poder judiciário. Mas somente com o tempo se procedeu a independência dos Tribunais (judicialização ou jurisdição plena). O texto originário da Constituição de 1976, buscou libertar a ligação da administração à justiça, ao proclamar a plena jurisdicionalização dos tribunais administrativos, associado ao reconhecimento de pleno acesso à Justiça Administrativa. Houve aí um afastamento do modelo de contencioso dependente da Administração, e da dualidade de jurisdição, com seu controle limitado e objetivo.<sup>117</sup>

Segundo Vasco Pereira da Silva houve o salto de uma etapa na história do processo Administrativo Português, haja vista que, com o texto da Constituição de 1976, deu-se o que denominou de “batismo” para o contencioso administrativo. Pela metáfora do batismo, refere-se ao meio de livrar a Administração do “pecado original”, que carregava por julgar a si,

---

<sup>116</sup>Cfr. Expressões de José Carlos Viera de Andrade, **A justiça Administrativa**, pp. 23-28.

<sup>117</sup>Em sentido semelhante, Vasco Pereira da Silva desenvolveu a evolução do Contencioso, Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise**, p.183ss.

conforme elo que era mantido entre a Justiça Administrativa com o Estado-Administração. “Pecado” que com a jurisdicionalização dos tribunais administrativos, pela Constituição de 1976, fica liberada, já que qualificados os Tribunais Administrativos como verdadeiros tribunais. Também, houve a consagração do direito fundamental de acesso à justiça administrativa.<sup>118</sup>

A adoção desse modelo rompe com o anterior, que nos primórdios do Estado Liberal, instaurou um modelo de contencioso dependente da Administração e com um controle objetivo e limitado, caracterizado por um contencioso autoritário que afirmava “privilégios exorbitantes” à Administração e recusava direitos aos particulares.

A noção anterior de ato administrativo definitivo e executório, representava a suprema manifestação do poder da Administração, visto que não dependia da intervenção de outra autoridade, para definir posições jurídicas com força obrigatória e as vezes coerciva. Esse ato jurídico se traduz no poder unilateral da Administração Prévia, típico modelo de uma administração agressiva, característica da fase absolutista onde a Administração reunia os poderes. Tal “paradigma perdido” não se aplica às realidades atuais.<sup>119</sup>

A partir da Constituição de 1976 e posteriores revisões, Portugal se inseriu no movimento de constitucionalização do contencioso administrativo, iniciado a partir dos anos setenta do século XX. Tal movimento se iniciou antes em outros países, com a implantação do Estado social. Em Portugal, contudo, chegou-se ao final do Século XX, numa situação de “discrepância” entre o texto e a prática constitucional no que respeitava o contencioso administrativo<sup>120</sup>.

O movimento de constitucionalização, que se caracteriza pela elevação do nível de garantia de controle jurisdicional da Administração, busca atender a necessidade de atribuir efetividade aos direitos fundamentais em matéria de processo administrativo. Tanto assim que a CRP preocupou-se especialmente, no plano das garantias institucionais, em consagrar o

---

<sup>118</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise**, pp. 187ss

<sup>119</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira. reportando-se a Marcelo Caetano e Freitas do Amaral, **O Contencioso Administrativo no Divã**.....p. 190.

<sup>120</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira. **O Contencioso Administrativo, no Divã da Psicanálise**. pp.183ss.



acesso à garantia jurídica dos particulares. Fato que confirma não possuírem os direitos fundamentais apenas importância histórica, conforme menciona José Carlos Vieira Andrade<sup>121</sup>.

Por outro lado, apesar de resultar da Constituição de 1976 um compromisso que se assenta o modelo de contencioso administrativo, caracterizado pelo predomínio da concepção subjetivista, conforme adverte Vasco Pereira da Silva, também há forte componente clássico de natureza objetivista, bem assim o compromisso no que se refere a noção de ato administrativo, de ser mantida a ideia de autoridade deste, conforme se infere da delimitação da garantia constitucional de recurso contencioso em face da definitividade e da executoriedade do ato<sup>122</sup>.

Enfim a CRP de 1976 e reformas posteriores deram lugar a um contencioso cada vez mais pleno e subjetivizado, não obstante até 2004, quando entrou em vigor a reforma, haja existido conflito entre o modelo constitucional e a legislação do processo administrativo, em total discrepância entre a Constituição formal e material.<sup>123</sup>

Apesar dos avanços da reforma do contencioso administrativo que entrou em vigor em 2004, o processo tributário, embora também haja contado com reformas e avanços, não se integrou à reforma do Código de Processo dos Tribunais administrativos, ficando à parte. Todavia, nos termos da Constituição Portuguesa, não há sentido para a aplicação de regimes processuais diversos<sup>124</sup>.

Observa-se que desde 1989 restou proclamada a existência constitucionalmente obrigatória de Tribunais administrativos e fiscais, integrados numa ordem judicial (art. 209, n.º 01, alínea b) a quem compete a jurisdição comum em matéria administrativa e fiscal (art. 212, n.º 03) com as garantias estabelecidas para a imparcialidade dos juízes.<sup>125</sup>

Ressalte-se que, a especialidade de jurisdição, assim como a pluralidade de órgãos jurisdicionais não se confunde com a dualidade de jurisdição. O poder judicial é “separado” dos outros, não podendo funções ditas jurisdicionais serem atribuídas a outros órgãos da Administração Pública, conforme se extrai do texto constitucional. Por isso é que a CRP declara

---

<sup>121</sup>Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira, **A Justiça Administrativa** Licões p. 08

<sup>122</sup>Nesse sentido, Vasco Pereira desenvolve a temática da teorização do administrativo como compromisso de uma vertente autoritária e outra liberal no contencioso administrativo, Cfr. SIVA, Vasco Pereira da. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**, p. 45ss.

<sup>123</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã...**, p. 186

<sup>124</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso Administrativo no Divã...**, p. 186

<sup>125</sup>José Carlos Vieira de Andrade, **A Justiça Administrativa**, pp.35ss,

no artigo 202º, item 1, “que os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar justiça em nome do povo”.<sup>126</sup>

Assim, atualmente, na ordem jurídica Portuguesa, existe, além do Tribunal Constitucional e do Tribunal de contas, duas ordens de tribunais: os tribunais judiciais, cujo órgão de cúpula é o Supremo Tribunal de Justiça; e os Tribunais Administrativos e fiscais, cujo órgão de cúpula é o Supremo Tribunal Administrativo, (arts. 210, 211, e 212 da CRP), o que não mais configura dualidade de jurisdição.

Observe-se, ainda, que o Tribunal Constitucional Português não faz parte da mesma estrutura de organização estrutura que os demais Tribunais, como no Brasil, onde o Supremo Tribunal ocupa o lugar mais alto da estrutura do Judiciário, sendo última instância recursal. Em Portugal, a natureza de órgão jurisdicional do Estado não é unânime. Salienta-se a competência extrajurisdicional (arts. 223, 2, a, b, d, g e h) e o acento político da sua “jurisdição”. Mas é o guardião da Constituição, sendo a ele atribuído um papel político-jurídico, conformador, competindo-lhe decidir, em última instância, acerca do controle da constitucionalidade e, portanto, sobre as afetações aos Direitos Fundamentais. Controle de normas que é exercido em concreto e em abstrato.<sup>127</sup>

## 4.2 DO PROCESSO TRIBUTÁRIO (FISCAL)

Como se mencionou a Constituição Portuguesa de 1976, com suas reformas posteriores, liberou a ligação da administração à justiça, procedendo a plena jurisdicionalização dos tribunais administrativos e Fiscais, reconhecendo a todos o acesso à Justiça Administrativa e Fiscal, na forma da lei. De forma que, face o advento da Constituição de 1976, com suas posteriores revisões, os tribunais administrativos e fiscais, juntamente com os tribunais comuns, integram a estrutura do Poder Judiciário.

As mudanças operadas pela Constituição e suas alterações, iniciando nova ordem jurídica, obviamente repercutiram em todos os ramos do direito material e processual, que

---

<sup>126</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pp. 657ss..

<sup>127</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, pp.682,683

sofreram alterações. No processo fiscal, também foram feitas várias alterações. Além disso, apesar da competência dos Tribunais Administrativos e Fiscais, para as causas que envolvem a Administração Pública, os Tribunais fiscais submetem-se a regras específicas de organização.

Os procedimentos e processos fiscais, possivelmente em face da autonomia entre o direito material administrativo e o direito material fiscal, assim, contam disciplinas diversas em relação ao procedimento e processo administrativo, sendo este aplicável subsidiariamente, assim como subsidiária é a disciplina do Código de Processo Civil. Em nível interno, em termo de diplomas processuais, o processo fiscal é regido, predominantemente, pela Lei Geral Tributária e pelo Código de Procedimento e Processo Fiscal, além de normas constantes de outros diplomas, materiais ou processuais, inclusive de origem do direito comunitário ou internacional, nos assuntos pertinentes.

Assim, conforme já mencionado o processo tributário, embora também haja contado com reformas e avanços, não se integrou à reforma do Código de Processo dos Tribunais administrativos, mas há opinião no sentido de que não há, nos termos da Constituição Portuguesa, sentido para a aplicação de regimes processuais diversos<sup>128</sup>.

O CPPT contém matéria que versa sobre direitos liberdades e garantias dos particulares, regulando o Estatuto jurídico dos particulares quer no procedimento, quer no processo Fiscal. Como tal é matéria de reserva relativa, podendo a Assembleia da República autorizar ao Governo legislar. Tal diploma, no entanto, surgiu sem a necessária lei de autorização legislativa, padecendo de inconstitucionalidade orgânica, além de reunir no mesmo diploma procedimento e processo administrativo e estabelecendo em muitas de suas normas confusão entre os domínios da Administração e da Justiça., configurando nesses termos, também inconstitucionalidade material, por violação aos princípios constitucionais de separação entre administração e justiça, em desacordo, por exemplo, com os arts. 111, 114, 202 e segs da CRP<sup>129</sup>.

A despeito das inconstitucionalidades, materiais e orgânicas, apontadas, no que se refere ao procedimento e processo tributário, as influências do constitucionalismo se fizeram sentir por princípios como a tipicidade ou a proibição do excesso, na evolução do direito administrativo e fiscal, para oferecer maiores garantias aos administrados, tendo a própria

---

<sup>128</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso Administrativo no Divã**...., p. 186

<sup>129</sup>Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã**, ...p. 238

tentativa de autonomização do Direito tributário e fiscal alertado para a necessidade de criação de instrumentos de regulamentação das atuações dos sujeitos que cobravam os tributos<sup>130</sup>.

Na opinião de alguns Autores, o CPPT, aprovado pelo DL 433/99, de 26 de outubro, além de inovar na terminologia usada, procurou priorizar a celeridade e simplicidade das atuações administrativas e jurisdicionais tributárias<sup>131</sup>. No entanto, ao longo da História observam-se que as várias tentativas de unificação dos muitos diplomas respeitantes a matérias fiscais não lograram sucesso. Note-se que existe o Regime Complementar do Procedimento da Inspeção Tributária (aprovado pelo DL 413/98, de 3 de Dezembro), a LGT, através do DL 398/98 (que consagra princípios fundamentais do sistema fiscal e contém regras de procedimento e processo voltadas a conferir maior segurança nas relações entre Administração Fiscal e contribuintes) e do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT). Todos esses diplomas estão em vigor.

No que refere as garantias processuais, além das garantias estabelecidas pelo regime constitucional, para os contribuintes, a LGT, com o fim de aproximar o processo e o procedimento tributário da Constituição, estabeleceu série de princípios processuais, que visam proteger os interesses legalmente protegidos. Alguns princípios, ante a importância para o tema serão mencionados infra.

#### 4.3 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO BRASIL

No que refere à origem e evolução do sistema de jurisdição no Brasil inicialmente foi influenciado pelo sistema francês no modelo do contencioso-regra, mas a partir da proclamação da república, passou a adotar sistema americano, de jurisdição una. Daí se infere que, desde a proclamação da República, o Brasil adotou o sistema de jurisdição única, abandonando o sistema inspirado no contencioso francês, que gerou dualidade de jurisdição, adotado inicialmente, face a colonização portuguesa. O Sistema do contencioso francês, do administrador-juiz, com dualidade de jurisdição, mesmo tendo prevalecido por menor tempo, que em Portugal, muito influenciou o direito público, especialmente o direito processual

---

<sup>130</sup>Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da. **Licções de Procedimento e Processo Administrativo**, pp. 68-63

<sup>131</sup>Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da. **Licções de Procedimento e Processo**.....po.58-63

brasileiro. Principalmente em vista dos princípios que criaram estatuto diferenciado para a Administração Pública. Inexiste, pois, dualidade de jurisdição no Brasil. Apesar disso, especificidades nas regras de competência, que determinam foro especial, mostram uma atuação jurisdicional especializada, nas questões envolvendo as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, onde regras de competência conferem foro privilegiado em razão dessas pessoas, existindo na maioria das comarcas varas especializadas, para os processos que envolvem a Administração Pública dos Estados e Municípios, assim como a competência de varas especializadas no Poder Judiciário Estadual.

A adoção do sistema de jurisdição não impediu, que no Brasil, dada a influência nas interpretações do princípio da separação dos poderes e da supremacia da lei, bem como dos princípios decorrentes da origem do direito administrativo, formado pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, que a legislação continuasse a reproduzir traços de outras épocas. E face a avanços e retrocessos refletidos nos textos constitucionais e legislação processual, além de outros fatores, incluindo o excesso de demandas, há insuficiência de controle e morosidade do Poder Judiciário.

No que concerne ao controle da constitucionalidade e, consequente controle da aplicação das normas das normas de direitos fundamentais, é exercido por todos os tribunais, mas cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, sendo instância recursal máxima, além de exercer o controle abstrato de normas, julgar ADPF, podendo exercer, pois, controle em definitivo de atos e normas contrários à Constituição.

#### **4.4 PROCESSO NO BRASIL**

Diante do quanto mencionado e mesmo em face da constante evolução do Direito brasileiro, na legislação processual, muitas são as melhorias necessárias, assim como na interpretação efetuada pelo legislador ordinário, que, ao criar normas, deve vincular-se aos princípios constitucionais, interpretando-os de acordo com critérios previstos na hermenêutica constitucional, conferindo a determinabilidade necessária as normas, a fim de evitar subjetivos da Administração e do Judiciário. Ademais, Daí ser necessário, à análise do tema, a menção de

como foram transpostas as influências do sistema do contencioso Francês, que trazidas pelo direito português, repercutem no Direito brasileiro, especialmente no direito público.

Note-se que, antes da jurisdição una, as ordenações Filipinas regiam o processo no Brasil. Após a independência política Brasil, por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, foi garantida a aplicação das Ordenações Filipinas, além de outras leis que não contrariassem a independência, tendo o regime monárquico permanecido entre os anos de 1822 a 1889, quando foi sucedido pela implementação da República, em 15 de novembro de 1889<sup>132</sup>.

Atualmente, o processo tributário é regido, predominantemente, pelas normas do Código de Processo Civil, do Código Tributário Nacional, que, apesar de diploma material, conta com disposições aplicáveis, além da lei de execuções fiscais, além de outros diplomas aplicáveis.

No processo civil, o regulamento 737, de 1850, foi considerado como primeiro Código de Processo, tendo provocado críticas de alguns juristas, como Frederico Marques e Liebman. Apesar das críticas foi tido, à época, como avançado, em razão da concisão, redução de prazos e organização dos recursos. Posteriormente, em 1890, com a Constituição Provisória, pelo Decreto 848, o processo civil foi afastado do processo criminal, tendo surgido com regras próprias, bem como criado o Supremo Tribunal Federal. A partir de 1891, com a promulgação da Constituição da República, foi adotada a jurisdição única e instituído o controle da constitucionalidade das leis, devendo todos os litígios, independente de quem figure como parte ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, mas havendo tribunais estaduais e federais. O poder de legislar sobre processo, contudo, foi repartido entre o Estado e a União Federal.<sup>133</sup>

Na segunda metade do século XX, acompanhando a universal tendência de oferecer aos jurisdicionados meios para uma tutela jurisdicional mais efetiva na proteção dos direitos fundamentais, foi repensado o processo, de forma a dotá-lo dos meios necessários ao cumprimento dos objetivos sociais, políticos e jurídicos, tendo o processo civil sofrido inúmeras renovações em muitos institutos processuais. Das modificações ocorridas ao longo da história destaca-se o surgimento, em 1973, do anteprojeto do Código Buzaid, visando imprimir maior celeridade e eficiência à justiça.<sup>134</sup> Este, apesar de avanços, estava aquém, ao oferecimento de

---

<sup>132</sup>Cfr. SCHMITT, Rosane Regina; ROMERO, Débora. **Considerações sobre a Citação e a Intimação no Procedimento Tributário**, pp. 3-5

<sup>133</sup>Cfr. SCHMITT, Rosane Regina; ROMERO, Débora, **Considerações sobre a Citação e.....**pp.3-5

<sup>134</sup>Cfr. SCHMITT, Rosane Regina; ROMERO, Debora, **Considerações sobre Citação e.....**pp.3-5

significativa proteção aos direitos fundamentais, como se infere da evolução do constitucionalismo brasileiro, cujos fatores históricos, especialmente políticos, impediram maior avanço, para as garantias fundamentais. A partir da Constituição de 1988, quando os princípios constitucionais ganharam maior destaque, ocorreram mudanças determinantes na criação e aplicação do Direito, trazendo implicações diretas em todos os ramos do Direito Público e Privado. No processo civil, foi dada ênfase a preocupação com o acesso à justiça; com a justiça das decisões e com a efetividade do processo. Desde então, foram procedidas inúmeras reformas parciais, do Código de Processo Civil, objetivando a simplificação dos atos e procedimentos previstos em leis processuais. Também, houve a criação dos os juizados Especiais Cíveis e criminais, sendo posteriormente, criados os juizados federais, a fim de conferir maior acesso e celeridade à Justiça. As inúmeras alterações da legislação processual prosseguem, inclusive, com o advento do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016.

O processo civil, no Brasil, busca acompanhar a tendência mundial de oferecer cada vez maior atendimento aos direitos e interesses das partes, bem como simplificar o processo e reduzir formalidades que impeçam a satisfação à tutela requerida em tempo hábil. Tarefa nada simples de compatibilizar. Para tanto se passou a priorizar vários princípios constitucionais, na criação e aplicação do direito.

Na execução fiscal, considerando que a Lei de Execuções fiscais é considerada como herdeira de fases e regimes autoritários, que em nada refletem o espírito da Constituição Federal de 1988, a compatibilização é especialmente complexa. Tal regime jurídico especialmente estabelecido para a satisfação de créditos públicos, a despeito das inúmeras alterações na legislação processual, nem sempre se rendeu, continuando a carecer de atualizações. Apesar disso, algumas poucas alterações repercutiram nas recentes alterações, trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, a exemplo das que reduzem algumas prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, pela Lei de Execução Fiscal.

#### 4.5 DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Muitos são os princípios que integram os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Diante da importância que representam nas ordens jurídicas brasileira e Portuguesa, alguns especialmente referidos ao Direito Tributário (Fiscal), salientamos que, preferimos adotar, na presente, posicionamentos que consideram os princípios como espécies de normas jurídicas com menor grau de determinabilidade, ressaltando, não ser pacífica, a classificação na doutrina, tampouco o entendimento sobre as diferenças entre princípios e regras. Contudo, não se fará, por corte metodológico maiores considerações sobre as diversas classificações.

Reconhece-se, contudo, que, alguns critérios utilizados para a análise dos conflitos entre normas de iguais ou diferentes hierarquias deixam de refletir a aceção admitida acerca dessa classificação.

Na presente dissertação não comporta explicar sobre cada um dos princípios que integram esses ordenamentos jurídicos, pela extensão que assumiria o texto. Diante disso, nomeamos alguns princípios que, além do princípio da dignidade da pessoa humana, direta ou indiretamente interessam o tema: princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da praticabilidade, princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, princípio do devido processo legal, princípio da necessidade da tutela jurisdicional, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da celeridade, princípio da colaboração, princípio do duplo grau de jurisdição, entre outros.

Além disso, pela ligação direta ao tema, convém algumas considerações aos princípios da legalidade, da igualdade.

##### PRINCIPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade encontra-se em ambos os ordenamentos. A legalidade fiscal, estipula que os impostos devem ser criados por Lei. Também as regras de incidência, e benefícios fiscais. Na execução fiscal tal princípio é importante, considerando que regras processuais se prestam a garantir não sejam aumentados tributos, criada responsabilidade etc, sem que seja observada a lei. O princípio apresenta dimensão positiva e negativa. A reserva de lei expressa pelo princípio da legalidade é garantia própria do Estado de Direito e prossegue a Justiça Fiscal. Ana Paula Dourado delimita o alcance da reserva de lei, relacionando-a com o



princípio da tipicidade, para fins de conjugar a eventual margem de indeterminação admissível a Administração e aos Tribunais.(arts. 165 e 103 da CRP)<sup>135</sup>.

## PRINCIPIO DA IGUALDADE

A igualdade é também princípio estruturante é um dos mais antigos a figurar nos textos constitucionais. Há que se distinguir a igualdade perante a lei, da igualdade na lei. A primeira acepção, típica dos primeiros tempos do constitucionalismo não se confunde com a igualdade na lei, acepção que se relaciona à busca de igualdade fática e admite políticas discriminatórias.

A evolução do princípio acompanha relaciona-se à ideia de justiça, em oposição a privilégios e a favor da dignidade da pessoa humana.

Ao entendimento do princípio da igualdade é importante que se efetue a distinção entre as exigências constitucionais da igualdade e as possibilidades de controle de atuação das entidades públicas nesse domínio. Pois, além de se reconhecer a vinculação de todas as entidades públicas a tal princípio é necessário que se saiba os limites de atuação do juiz constitucional no controle.

No Estado de direito liberal, o princípio se identificava com a igualdade na aplicação da lei. Acreditava-se na liberdade, nessa fase imanente da lei, emanada da vontade geral, representada pelo parlamento. Daí a submissão dos demais órgãos do Estado à lei. Tal dimensão não perdeu de todo a razão de ser, face a exigência da igual dignidade de todos. De fato, os critérios de igualdade devem ser observados. No entanto os critérios de criação da lei que exige a igual participação de todos na formação da vontade geral, são diferentes. Já não satisfazem critérios meramente formais. No Estado social já não se observa a ideia de justiça imanente da lei geral, reconhece-se que abusos podem vir do próprio legislador.

---

<sup>135</sup> DOURADO, Ana Paula, O Princípio da Legalidade Fiscal, pp. 17ss.

## **CAPÍTULO V**

### **5.0 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA BRASIL E PORTUGAL**

Para fazer menção a algumas prerrogativas instituídas pelo legislador ordinário infraconstitucional em Portugal é necessário tecer algumas considerações acerca da Ação Executiva. Tais considerações evidenciam a diferença entre o tratamento conferido ao credor comum na execução de títulos extrajudiciais e a Fazenda Pública (credora), e auxiliam na análise de como tem respondido a doutrina e a jurisprudência, a tal diferenciação no tratamento às partes, estabelecida, pelo legislador, na execução fiscal.

#### **5.1 DA AÇÃO EXECUTIVA EM PORTUGAL**

O artigo 10º, do Novo Código de Processo Civil Português dispõe ser, a Ação Executiva, aquela em que o credor requer providências adequadas à realização coativa de uma obrigação. São tipos de Ações executivas: execução para pagamento de Quantia Certa; execução para entrega de coisa certa; execução para prestação de fato. Tais ações podem assumir forma de processo comum ou especial.<sup>136</sup>

No entendimento de José Lebre de Freitas, a ação Executiva tem por finalidade a reparação efetiva de um direito violado. Segundo entende, não se trata de declarar direitos pré-existentes ou a constituir. Trata-se, sim, de providenciar pela realização coativa de uma prestação devida.<sup>137</sup>

O atual Código de Processo Civil prevê, no art. 703º, os títulos passíveis de instruir a Ação Executiva<sup>138</sup>. As espécies de título em que se baseia a execução é determinante para se saber a forma de processo, que é determinado pelo valor da causa, podendo ser ordinário ou sumário, para o cumprimento da obrigação de pagar quantia certa (art. 550º, nº 01).

---

<sup>136</sup> Cfr. FREITAS, Jose Lebre de, **A Ação Executiva**, p. 171

<sup>137</sup> FREITAS, José Lebre de, **A Ação Executiva À luz do Código de Processo Civil de 2013**, p.12

<sup>138</sup> VALLES, Edgar, **Cobrança Judicial da Dívida, Injunções e Respectivas Execuções**, pp.23 e 24

Três são os tipos de Ação Executiva, mas, à presente dissertação, interessam os aspectos que se relacionam a execução por quantia (817ºCC), onde um credor visa satisfação de obrigação pecuniária não voluntariamente cumprida,<sup>139</sup>

Na Ação Executiva, semelhante ao que ocorre na Execução Fiscal, o Novo Código de Processo Civil Português também observa-se a utilização do critério que a doutrina denomina de sistema a “duas mãos”, ou seja, nesse caso, observa-se a atuação do juiz e do agente da execução, além do reforço da secretaria judicial.

Dentre as diferenças com relação a execução fiscal, conforme se verá, no decorrer da exposição, observa-se, de logo, a nova sistemática do Código de Processo Civil, em relação a citação prévia e ao despacho liminar, consoante trate-se de processamento sumário ou ordinário. Nesse sentido, a tramitação da ação executiva obedece a três formas: citação prévia e sem despacho liminar, nos casos do art. 855º, nº3 do NCPC, verificadas as condições do art. 550º, nº 2, consideradas como rito sumário, exceto nos casos previstos no art. 550º, nº3, NCPC; execução sem citação prévia, mediante despacho liminar, na forma do art. 727º do NCPC; execução com citação prévia e despacho liminar, consideradas como rito ordinário, conforme art. 726º do NCPC, que é a regra.

Ressalte-se que as situações em que a execução é movida contra devedor subsidiário, se o mesmo não renunciou ao benefício da excussão prévia, exigem que se faça citação, conforme NCPC, art. 550º, nº 3, alínea d, admite-se, contudo, requerimento de dispensa de citação nos termos do art. 727 do NCPC<sup>140</sup>.

Assim, o processo ordinário retoma a regra do despacho liminar, ou seja, após o recebimento do requerimento executivo, que voltou a ser pela secretaria, o processo é concluso ao juiz, para ser proferido despacho liminar que, conforme o caso, poderá indeferir liminarmente o requerimento ou efetuar convite ao aperfeiçoamento. Sendo o caso de dar seguimento, será citado o executado (art. 726, nº 02 a 06 do NCPC). A consagração expressa

---

<sup>139</sup> FREITAS, Jose Lebre de, **A Ação Executiva ^ A Luz do Código de Processo Civil**, p. 13.

<sup>140</sup> Cfr. MESQUITA, Lourdes; ROCHA, Francisco Costeira da, **Ação Executiva no Novo Código de ....**p.17

do retorno ao despacho liminar foi aplaudida pela doutrina, pois o dispositivo anterior deixava dúvidas e causava morosidade processual.<sup>141</sup>

Já no que refere ao processo de sumário o art. 855º do NCPC, prevê que o requerimento é feito eletronicamente, ao Tribunal, sem precedência de autuação do processo e de despacho judicial, com indicação de número único de processo. Feita a remessa dos autos ao agente de execução, cabe a este receber ou recusar o requerimento, bem assim provocar a intervenção do juiz, quando couber. Se o processo prosseguir, são promovidas as diligências para a penhora, a ser realizada antes da citação.

Observa-se, que o juiz assume papel residual, nas execuções sujeitas ao rito sumário. Diferente do que ocorre nas execuções que seguem o rito ordinário, onde prevalece a atuação do juiz. Essa mudança do NCPC reduz as situações sujeitas a regime da penhora imediata. Além disso demonstra a preocupação do legislador em oferecer maior garantia aos executados, com o reforço da intervenção inicial do juiz, posto que as execuções abrangidas pelo regime de penhora imediata, como por exemplo, as relacionadas a obrigações pecuniárias tituladas em documentos autênticos ou particulares autenticados, sem garantia real constituída no valor entre 10.000 e 30.000 euros, passaram a depender de despacho liminar e citação prévia, posto classificarem-se como ordinárias<sup>142</sup>.

Ressalte-se que, objetivando a efetividade dos direitos fundamentais, o art. 723 do NCPC dispõe os atos suscetíveis de afetá-los, pelas partes ou por terceiros, estão submetidos a competência do juiz da execução. E, como exemplo de atos que podem afetar direitos fundamentais menciona: proferir despacho liminar, quando cabível; julgar a oposição à execução e à penhora, verificar e graduar créditos, decidir reclamações de atos e impugnações de decisões do agente da execução.

Já nos processos sujeitos ao processamento ordinário, a atuação do Agente da Execução é residual, competindo-lhe efetuar as demais diligências do processo de execução não atribuídas a secretaria ou que não sejam da competência do Juiz. É possível a substituição do mesmo pelo exequente, desde que motivado. Também, é possível que o oficial de justiça exerça as funções do agente da execução: nas execuções em que o Estado seja exequente; nas que o Ministério Público represente o exequente; quando o juiz determine, a requerimento do

---

<sup>141</sup>Cfr. MESQUITA, Lourdes ; ROCHA, Francisco Costeira da, **Ação Executiva no Novo.....**, pp.16-17

<sup>142</sup>Cfr. MESQUITA, Lourdes; ROCHA, Francisco Costeira da, **Ação Executiva no Novo .....p.17**

agente de execução; nas execuções de valor não superior ao dobro da alçada do Tribunal de 1ª instância, em que sejam exequentes pessoas singulares e que tenham por objeto créditos de atividade profissional, não resultantes de uma atividade comercial ou industrial, se solicitado no requerimento da execução e pagas as devidas taxas; nas execuções de valor não superior à Alçada de relação, se o crédito exequente for de natureza laboral e também se solicitado e pago a taxa respectiva<sup>143</sup>.

Assim, a tramitação inicial da ação executiva depende da forma do processo. No processo comum há sempre o despacho liminar, sendo o requerimento executivo recebido pela secretaria. Se o despacho do juiz é para citar o executado, a citação será feita pelo agente de execução, não havendo penhora antes da citação, exceto nos casos de “penhora surpresa” deferida pelo juiz, atendendo a pedido em fundado receio de perda da garantia processual, devidamente provado. Já na execução sumária, a penhora é imediata, sem citação prévia ou despacho liminar. A partir da penhora, abre-se prazo de 20 dias para o executado opor embargos e oposição à penhora.

Quanto à matéria que pode ser deduzida nos embargos (oposição), obedece a três formas, conforme os títulos sejam incluídos no regime, restrito, amplo ou híbrido. Os títulos que interessam à presente, estão situados no regime amplo, em regra, posto que a execução não resulta de requerimento de injunção ou sentença, por isso, além dos fundamentos de oposição constantes do art. 729º do NCPC, na parte em que sejam aplicáveis, podem ser alegados quaisquer outros que sirvam como defesa no processo de declaração.

No que concerne à penhora, cumpre ressaltar que, diante da proporcionalidade que rege os critérios para a realização da penhora, o art. 834º modificou a ordem de realização da penhora e também conferiu maior proteção à habitação própria permanente do executado, o que veio a ser prosseguida no novo CPC. De forma que, só é admissível a penhora de bens imóveis ou estabelecimento nas situações ali previstas, alíneas “a”, “b” e “c”. Donde se infere que são concedidas outras oportunidades ao executado, além de estabelecer prazos para o adimplemento da obrigação, para que não sejam executados tais bens.

---

<sup>143</sup>Cfr. MESQUITA, Lourdes; ROCHA, Francisco Costeira da, **Ação Executiva no Novo Código...p.52**

Saliente-se, por oportuno que, até mesmo nos casos de execução sumária em que o valor é o da alçada, a penhora sobre bens imóveis ou do estabelecimento comercial, se não há outros bens a penhorar, é precedida de citação do executado, devendo o agente remeter os autos ao juiz<sup>144</sup>.

No que refere a responsabilidade subsidiária, os sócios de sociedade comercial em nome coletivo e da sociedade civil, bem como os sócios comanditados da sociedade comercial em comandita são todos solidários, entre si, mas respondem subsidiariamente perante a sociedade, pelas dívidas sociais desta, na forma do quanto dispõem os arts. 175-1 do CSC e 997 do CC, salvo nos casos do art. 640 do CC. O fiador, que é igualmente devedor de uma obrigação acessória do devedor, como os sócios de sociedades, pode exigir a prévia excussão do patrimônio do devedor principal, nos termos do que preceitua o art. 627-2 e 638 do Código Civil.<sup>145</sup>

## 5.2 DA EXECUÇÃO FISCAL EM PORTUGAL

A execução fiscal encontra regulação na LGT (art. 103) e 148 e seguintes do CPPT. Além de que questões específicas trazidas por estes diplomas normativos, conta, ainda, supletivamente com as normas do Código de Processo Civil. Contudo, a junção, na Execução Fiscal de normas de procedimento e processo administrativo, segundo opinião da doutrina gera confusão entre os domínios da Administração e do Judiciário.<sup>146</sup>

De fato, a duplicação dos regimes entre a LGT e o CPPT confunde. Nesse sentido, concorda-se também com Ana Paula Dourado, ao referir que a duplicação é resquício do sistema de Administrador-juiz, na tradição do contencioso francês, recomendando sistematização de todas as normas de procedimento na LGT e as normas relativas ao processo judicial tributário incluídas em um único código, cuja reforma do processo fiscal, segundo informa, vem sendo adiada.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup>Cfr. Lourdes Mesquita e Francisco Costeira Rocha, **Ação Executiva no Novo Código**,....pp.55ss.

<sup>145</sup> Cfr. José Lebre de Freitas, **A Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013**, p. 261.

<sup>146</sup>Cfr. Domingos Pereira Souza, **Direito Fiscal e Processo Tributário**, Coimbra, fev. 2013

<sup>147</sup> Cfr. DOURADO, Ana Paula, **Direito Fiscal Lições**, p. 69.

O CPPT estabelece que compete a Administração tributária, ou seja, aos órgãos da execução fiscal a prática de todos os atos que não estão previstos no art. 151º do CPPT, como de competência dos Tribunais, ou seja: a citação dos executados, a convocação dos credores, a reversão da execução contra terceiros, a penhora de bens, a venda dos bens penhorados, a anulação da venda, a anulação da dívida, a extinção da execução, e outros.<sup>148</sup>

Sobre a questão da confusão entre os domínios da Administração e do Judiciário, ou seja, da natureza do jurídica do processo de execução, José Casalta Nabais menciona que a Execução Fiscal, embora a lei diga que possui natureza judicial, só é judicial em certos casos e, mesmo nesses casos, apenas em parte, quando há necessidade de praticar algum dos mencionados atos de natureza judicial<sup>149</sup>.

Joaquim Freitas da Rocha considera que a Execução Fiscal possui características atípicas, concorrendo nela uma fase administrativa ou “pré-jurisdicional” e um fase jurisdicional, sendo seus atos distinguidos de acordo com a entidade que os praticou<sup>150</sup>.

Rui Duarte Moraes entende que o processo de Execução Fiscal, “apenas em último termo” é judicial, contendo “momentos de intervenção” de órgãos da Administração Fiscal, a título de colaboração com Tribunal, são “chamados” por lei a exercer competências que, embora próprias, não são competências do órgão executivo em sentido estrito.<sup>151</sup>

A LGT Tributária atribui ao processo de Execução judicial, natureza judicial, no art. 103, nº 2, mas acrescenta que, “sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos actos que não tenham natureza jurisdicional.”

Note-se, que a CRP estabelece no art. 103, nº 3 que “ninguém pode ser obrigado a pagar imposto... cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional conferiu a interpretação de que os atos de cobrança devem estar cobertos por lei, incluindo-se nesse princípio legalidade, tanto os atos da administração como do

---

<sup>148</sup>Cfr. NABAIS, José Casalta, **Direito Fiscal** p. 310.

<sup>149</sup>Cfr. NABAIS, José Casalta, **Direito Fiscal**, p. 311

<sup>150</sup> Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de Procedimento e Processo Tributário*, p. 315

<sup>151</sup> Cfr. MORAIS, Rui Duarte, *A Execução Fiscal*, p. 41

judiciário, cobrança voluntária e coerciva, mas não se entende daí que estejam afetos ao juiz, na forma do que consta do Ac.80/2003.

A CRP, no art. 202º estabelece o princípio da reserva da função jurisdicional da constitucional. Existe interpretação desse princípio, no sentido de que a Constituição refere que a resolução, em definitivo, de qualquer conflito cabe aos Tribunais.<sup>152</sup>

Assim, o Tribunal Constitucional no que refere a Constitucionalidade da “desjurisdicalização” do Processo de Execução Fiscal, face ao princípio da tutela jurisdicional efetiva, tem entendido pela não inconstitucionalidade. Tal como consta do acórdão 80/2003<sup>153</sup>, onde o tribunal decidiu que a jurisprudência pacífica do STA e daquele Tribunal ser constitucionalmente legítima atribuição, à Administração Tributária, da prática de atos de natureza não jurisdicional.

Com relação à prática de atos tipicamente jurisdicionais por Agentes da Execução, na Ação Executiva, apesar de também se verificar o chamado sistema de “duas mãos”, na Ação , consoante já se demonstrou acima, a participação do Agente da Execução é residual, nas ações que envolvem valor considerável, cujo processamento pelo Novo Código de Processo Civil é classificado como ordinário, não havendo, em regra, penhora anterior à citação. Além de outras situações como no caso de execução contra devedores subsidiários, que sempre envolvem citação, o que demonstra maior preocupação do legislador em aproximar as normas processuais ao quanto se infere da Constituição, no que refere às garantias a serem oferecidas no processo.

A execução fiscal, em Portugal, assume, assim, natureza dúplice, já que existe a participação de órgãos da administração tributária nos atos de natureza judicial. Através da Execução Fiscal, o Estado credor ou quem lhe faça as vezes (exequente) pratica atos também de Estado Juiz (executante).

Consideramos que, de fato, é no mínimo “perturbador”, que a lei estabeleça a pratica de atos que são entendidos como típicos da função judicial, para a exequente praticar. Mesmo considerando a diferença de origem entre o Direito Administrativo e Fiscal, onde se considerava, em síntese: a primeira como espécie de “triunfo da autoridade sobre a liberdade”;

---

<sup>152</sup> Nesse sentido entende ROCHA, Joaquim Freitas da, Lições de Procedimento e Processo Tributário, p. 316.

<sup>153</sup> Ac. disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), também citado em dissertação de Autoria de Antonio Cipriano da Silva, Cfr. SILVA, Antonio Cipriano, **A Tutela Jurisdicional Efetiva no Contencioso Tributário**, p. 108



e a segunda, da “liberdade sobre a autoridade” (resistência à agressão traduzida no imposto).<sup>154</sup>. Há, pois, limitação aos princípios da proibição de autotutela, da igualdade de armas, da imparcialidade do julgador, dentre outros que representam garantias instituídas para prevenir o arbítrio conferir efetividade aos direitos fundamentais. Restrição que só podem ser operadas em raríssimas situações.

Como se sabe a finalidade do processo judicial, sendo a cobrança regular, é permitir a execução de quantia certa para satisfazer créditos resultantes de impostos ou outros créditos que, de acordo com a legislação habilitante possam ser cobrados, tais como: tributos, impostos aduaneiros, especiais e extrafiscais, taxas, demais contribuições financeiras a favor do Estado e encargos cabíveis, além de outros resultantes de dívidas com pessoas coletivas de direito público com origem em atos administrativos. Tal finalidade, no entanto, não se resume apenas a assegurar ou garantir a satisfação do credor. No Estado de Direito contemporâneo, há que se resguardar, também outros valores, inclusive relacionados aos direitos do devedor, que não pode, por exemplo, sofrer excessos, na cobrança, ter a sua dignidade atingida, carecendo de mínimo existencial, para sobreviver.

Assim, há, na execução fiscal, como nos demais processos, além dos direitos do exequente, diretos do devedor a serem preservados. Necessário que sejam considerados princípios constitucionais processuais, gerais ou específicos do sistema tributário e princípios relacionados as execuções. Todos eles à luz do regime estabelecido para a efetividade dos direitos fundamentais, que somente podem ser limitados excepcionalmente.

É certo que, no geral, a princípio, entende-se que não serão discutidas, em sede de execução, questões atinentes à validade (legalidade) da dívida, cujas questões consideram-se já resolvidas, seja porque são pacíficas, seja porque o sujeito em causa não as levantou no tempo apropriado, sendo a ilegalidade da dívida só poderá ser posta em questão, via oposição, se a lei não assegurar meio próprio. Tal entendimento prestigia a presunção de certeza e validade e exequibilidade do título. Mas há situações que podem comportar discussões, se for necessário para que se comprove a ausência de pressupostos necessários à cobrança.

---

<sup>154</sup> Cfr. MORAIS, Rui Duarte. **A Execução Fiscal**, p. 40

Nesse sentido é que existe a possibilidade, em sede administrativa, ser contestada a cobrança, por meio de oposição. O Executado conta com 30 dias para fazê-lo, a partir da citação, ou não havendo, a partir da primeira penhora. Também, pode ser deduzida da data em que tiver ocorrido o fato superveniente ou do seu conhecimento pelo executado, nos termos do art. 203, do CPPT.

Caso se decida por apresentar oposição, esta é apresentada ao órgão administrativo ou no Tribunal, onde tramita a execução, mas as matérias que podem ser deduzidas são taxativas, conforme art. 204º, podendo versar sobre: ilegitimidade, inexistência, falsidade do título, prescrição, falta de notificação, pagamento ou anulação, duplicação de coleta, ilegalidade da liquidação, quaisquer fundamentos não referidos nas alíneas, que possam ser comprovados por documentos e não envolvendo apreciação da ou representem interferência em matéria de exclusiva competência da entidade que extraiu o título.<sup>155</sup>

Sobre uma diferença essencial existente entre a Execução Fiscal e a Execução do Processo Civil, Saldanha Sanches adverte que neste, como refere-se a oposição deduzida, baseada em título extrajudicial, podem ser utilizados todos os argumentos que poderiam ser deduzidos em defesa de processo declaratório, cabendo, quer defesa por impugnação, quer por exceção, posto tratar-se de título extrajudicial e não sentença declarativa, inexistente regra de preclusão para defesa, podendo ser invocados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.<sup>156</sup>

Na Execução Fiscal, no entanto, a oposição apenas pode contar, como fundamento geral, a ilegalidade abstrata da dívida. Não pode ser fundada em “legalidade concreta, da liquidação que deu causa à execução, dos fatos que deram origem à obrigação do imposto e do modo como foi feita a aplicação do direito no caso concreto [...]”. Enfim quaisquer fatos que representem matéria de exclusiva competência da entidade que houver extraído o título”.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Nesse sentido jurisprudência do TCA Sul, tirada no processo nº 06689/13, em 28.12, onde resta estabelecido que em sede de oposição à execução fiscal só se permite conhecer da legalidade concreta ou correta liquidação, se a lei não assegurar meio judicial de impugnação ou recurso contra ato de liquidação. Cfr. MARTINS, Jesuino Alcântara; ALVES, José Costa. **Procedimento e Processo Tributário**, p. 309.

<sup>156</sup> Nesse sentido, MORAIS, Duarte Rui. menciona ser o entendimento de Saldanha Sanches (**Princípios do Contencioso Tributário**, p. 131ss) Cfr. MORAIS, Rui Duarte. **A Execução Fiscal**, p. 67.

<sup>157</sup> MORAIS, Duarte Rui, **A Execução Fiscal**, p. 67,

Observa-se ser, o regime da penhora, bastante amplo, permitindo a constrição de veículos, dinheiro créditos, quotas da sociedade, títulos de crédito, rendimentos periódicos e até abonos e vencimentos de funcionários públicos. Já no tocante aos imóveis, obedece algumas formalidades e proibições.

Na forma do que consta do artigo 151 do CPPT, é da competência dos Tribunais de 1ª instância decidir sobre: incidentes, embargos, oposição, inclusive quando atinge pressupostos da responsabilidade subsidiária, a graduação e verificação de crédito e as reclamações dos atos praticados pelos órgãos da Administração Fiscal.

Dentre as muitas disposições normativas que denotam as diferenças existentes entre a Ação Executiva e a Execução Fiscal, sem a pretensão de esgotar o assunto, foram destacadas algumas hipóteses que evidenciam como o tratamento diferenciado à Fazenda Pública, na Execução Fiscal, pode dar azo a violações de garantias fundamentais, que, para efeito da presente análise, ante a diferenciação do tratamento, denomina-se, como no Brasil, de “prerrogativas”.

### **5.3 DA REVERSÃO DA EXECUÇÃO CONTRA O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO**

Além das diferenciações já mencionadas, convém, ainda salientar, no presente item, que -se que, em Portugal, a Fazenda Pública conta com tratamento mais favorável, se comparado aos demais credores sociais. Os credores sociais privados precisam recorrer a ação judicial, a fim de provarem a ilicitude do ato, o dano, a culpa dos gestores e o nexo de causalidade entre o prejuízo e o ato (conforme art. 78, nº 1, do CSC), para obterem o título executivo e ajuizar ação executiva, conforme observado por Gustavo Caldas Guimarães de Campos<sup>158</sup>.

Nesse sentido, o acórdão do TCA Sul menciona ser a reversão instituto exclusivo da Execução Fiscal, sendo desconhecido na execução comum, traduzindo-se em “modificação

---

<sup>158</sup> Nesse sentido Gustavo Caldas Guimarães se posiciona, ao comparar a reversão da execução fiscal em Portugal ao redirecionamento da execução fiscal no Brasil, mencionando a doutrina de Tania Cunha e Lima Guerreiro, informando sobre a existência de procedimento que permite chamar gestores com maior celeridade e da presunção de culpa em certos casos, cfr. CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães, **Execução Fiscal e Efetividade**, p.27.

subjetiva da instância, pelo chamamento, a fim de ocupar a posição passiva na ação, de alguém que não é devedor que figura no título {...}”.<sup>159</sup>

Em várias hipóteses da lei foram instituídos responsáveis, para responderem subsidiariamente pelo pagamento da dívida tributária, por meio de reversão do processo de execução. Ao presente item interessa a responsabilidade dos sócios administradores de entes coletivos, instituída por lei, para os titulares dos órgãos da administração de pessoas coletivas, prevista no art. 24 da Lei Geral Tributária (diretores, administradores e gerentes e outras pessoas, ainda que exerçam apenas de fato as funções nas sociedades, cooperativas e empresas públicas).<sup>160</sup>

A responsabilidade tributária é atribuída ao sujeito passivo originário ou a pessoas determinadas em lei e observados certos requisitos, para que possam responder solidária ou subsidiariamente pela dívida tributária, juros e demais encargos. A regra é a subsidiariedade da responsabilidade, se a dívida é de outrem, mas pode a lei dispor ao contrário. É o que se infere do quanto dispõe o art. 22, n<sup>os</sup> 01 a 04.

Observe-se, que, no curso do processo de execução, esgotados os mecanismos de cobrança, com a constatação da insuficiência de bens penhoráveis do devedor originário do imposto (contribuinte ou substituto legal) ou do responsável solidário, se houver, como é o caso da existência de um fiador que haja renunciado ao benefício da excussão prévia, a Administração Fiscal reverterá a execução contra o responsável subsidiário, conforme artigo 23 da LGT e 153 do CPPT).<sup>161</sup>

Casalta Nabais adverte para o fato da reversão constituir meio de cobrar imposto, a pessoa diversa do contribuinte originário, devendo, por isso, ser revestida de maior cuidado, posto que, pode afetar diversos princípios constitucionais, designadamente os relativos aos direitos fundamentais.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Acórdão do TCA Sul de n<sup>o</sup> 07634/14.

<sup>160</sup> Lei Geral Tributária, Comentada e Anotada, p. 235.

<sup>161</sup> CAMPOS, Gustavo Caldas Guimaraes de, em Execução Fiscal e Efetividade, p. 137

<sup>162</sup> Cfr. PIRES, José Maria Fernandes (Coordenador); BULCÃO, Gonçalo; VIDAL, José Ramos; MENEZES, Maria João, in Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, n1, p. 199.

A reserva de lei, a ser observada em matéria tributária, aponta para a necessidade de que a definição de responsáveis subsidiários e pressupostos observe parâmetros ditados em lei, já que se trata de norma de incidência tributária<sup>163</sup>.

A doutrina discute a questão de efetivo exercício de fato do cargo de administrador ou gerente, ou se basta o exercício de direito do mesmo. O entendimento do STA é de que inexistente no ordenamento Português presunção legal de gerência de fato, inferida da gerência de direito mas existe nos casos da letra b do n° 01, art. 24 presunção legal de culpa, pela falta de pagamento, se o prazo legal de pagamento ou entrega terminou durante o exercício da gerência. Na ausência dessa presunção, compete o ônus de provar o exercício da função à Administração. A questão, na prática nem sempre se mostra simples.

Note-se que o chamamento do responsável subsidiário, à execução, não está condicionado ao esgotamento dos bens do devedor principal. Tanto assim que o artigo 153 do CPPT exige para o chamamento dos responsáveis subsidiários a verificação de qualquer das seguintes circunstâncias: “ a) inexistência de bens; b) Fundada Insuficiência, para a satisfação da dívida exequenda e acrescidos, de acordo com elementos constantes do auto de penhora e outros de que o órgão de execução fiscal disponha, do patrimônio do devedor”.

Observe-se que a Lei diferencia dois momentos na responsabilidade subsidiária: 1) um momento em que a Administração Tributária pode efetuar a reversão, constituindo, assim, o responsável; momento em que a Administração Tributária pode iniciar os atos de coerção sobre o patrimônio do responsável, que só pode ocorrer após a excussão do patrimônio do contribuinte original. No primeiro momento pode ser que ainda não se saiba qual o valor a ser cobrado ao sócio, considerando que se tem apenas uma avaliação prévia que indica a insuficiência de bens para pagar o débito, mas ainda não se sabe qual valor, afinal, será devido, pelo responsável. Deve a Administração abster-se da coerção do patrimônio do sócio. Contudo, o fato da lei exigir o esgotamento do patrimônio da empresa, não exclui a adoção de medidas cautelares, para evitar seja fraudada a execução, por eventual dilapidação do patrimônio particular do sócio. Nesse sentido, deve a Administração Tributária, demonstrando o fundado receio de diminuição das garantias, requerer providências cautelares de arresto e arrolamento

---

<sup>163</sup> Cfr. PIRES, José Maria Fernandes (Coordenador); BULÇÃO, Gonçalo; VIDAL, José Ramos.....p.199

dos bens do responsável, conforme decorre do art 140 do CPPT. Nesse sentido o acórdão do STA de 10-03-2011(Processo 0126/2011)<sup>164</sup>.

A reversão é entendida como a concretização da responsabilidade por dívida tributária. Através dela se imputam os efeitos do incumprimento da obrigação de pagamento, por parte do devedor originário, ao responsável subsidiário. De forma a permitir que a satisfação do crédito tributário possa ser exigível, não só do devedor principal, mas também de alguns sujeitos que com aquele possui *especial ligação*.<sup>165</sup>

Cumpra salientar a complexidade que envolve reversão da responsabilidade, relacionadas as questões probatórias, vez que, na atualidade, os avanços na tecnologia com maior informatização e automação, ante os inúmeros deveres instituídos ao contribuinte, em auxílio a arrecadação e fiscalização, podem trazer situações que se relacionam a comprovação da culpa do responsável.

Tais situações comprovam que o aumento das demandas pode não estar relacionado a ausência de pagamento. Algumas vezes, decorrem de erros dos sistemas, possibilitando sejam consideradas improcedentes as execuções fiscais. Nestes e noutros exemplos, nem sempre as regras instituídas no processo ou procedimento fiscal colaboram, para que sejam observadas as garantias instituídas para proteção aos direitos e interesses dos contribuintes ou responsáveis.

A ideia da autoexecutoriedade dos atos da administração inspirada de sistema do contencioso que, de um lado criava regime privilegiado para a Administração e, de outro, criava sistema de garantias aos administrados contra invasões do poder nas questões que envolviam o patrimônio e liberdade, precisam ser repensadas.

O Estado contemporâneo exige postura participativa das partes no processo, inclusive na execução fiscal, para que se chegue a resultados concretos, na aplicação de normas. A execução não pode ser vista como fim em si, mas como meio de realização da justiça, assim como as demais atividades do Estado. Daí necessidade de conferir ao Administrado maior possibilidade de participação nos procedimentos e processos, para, por meio do devido

---

<sup>164</sup> Cfr. PIRES, José Maria Fernandes(coordenador); BULCÃO, Gonçalo, VIDAL, José Ramos; MENEZES, Maria João, in, Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, n1, p. 201

<sup>165</sup> Cfr. PIRES, José Maria Fernandes(coordenador); BULCÃO, Gonçalo, VIDAL, José Ramos; MENEZES, Maria João, in, Lei Geral Tributária Comentada e Anotada, n1, p. 199.

processo, haver colaboração na busca da verdade e tornar mais próximo o ideal de Justiça Fiscal.

A colaboração e pleno acesso à Justiça se mostram especialmente necessárias em casos de reversão, onde nem sempre a presunção de culpa procede, bem como em situações relacionadas a penhora, em que a determinação do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana pode oferecer dificuldades, dentre outras.

O fato da administração praticar atos tipicamente judiciais na Execução Fiscal, configura desigualdade processual que pode impedir sejam observados os princípios do acesso à justiça, da celeridade, da efetividade, legalidade, separação dos poderes, proporcionalidade e todos os outros princípios que garantem proteção aos administrados.

Apesar da figura do Agente da execução, na Ação Executiva, praticando atos que inicialmente deveriam estar afetos ao Poder Judiciário, a participação é diferente, já que age como colaborador da justiça, não como parte no processo.

As situações de desigualdade só se justificam em casos excepcionais, quando há necessidade de igualar substancialmente a Administração, sendo sempre cabível o controle do judiciário das normas instituídas pelo legislador ordinário com tal fim. Tais situações precisam ser demonstradas por critérios objetivos que comprovem a proporcionalidade das mesmas. Além disso, os Estados de Direito Democráticos pressupõem existir maior segurança jurídica aos administrados, quando são evitadas substituições do poder legislativo, pela administração ou pelo poder judiciário.

Diante do quanto se pode inferir, algumas normas da Execução Fiscal em Portugal, como também ocorre no Brasil, necessitam ser revistas e seguir se adequar as normas constitucionais, de modo a possibilitarem maior acesso dos administrados ao Poder Judiciário e participação no processo e procedimentos, além da criação de mecanismos intermediários de auxílio, que auxiliem na celeridade e efetividade do processo.

Algumas hipóteses relacionadas a Ação Executiva, acima mencionadas parecem oferecer maiores garantias aos administrados, considerando a maior participação do juiz, ante a posição de imparcialidade e equidistância em relação as partes, nos atos que podem afetar

direitos fundamentais, ao menos em processos que estão sujeitos ao despacho liminar, que apreciam os pressupostos processuais e determinam a citação, reduzindo os casos de penhora imediata e, também, e riscos de violações direitos fundamentais. É certo que tal participação deveria ser estendida ao máximo, mas já representa avanço.

A possibilidade existente, na execução fiscal do Estado-administrador exercer atos tipicamente jurisdicionais, como regra, capazes de afetar direitos fundamentais, mostra-se em desacordo a princípios estruturantes do Estado de Direito, que visam conter o arbítrio estatal e abre espaço para violação de garantias fundamentais. É por meio da inobservância ao princípio estruturante da igualdade que se chega ao tratamento desarrazoadamente diverso entre as partes no processo e ao descumprimento de outros princípios que visam conferir efetividade aos direitos fundamentais, como ocorre, quando em face da instituição de prerrogativas a violação dos princípios de acesso à justiça, celeridade etc.

Conceder certas prerrogativas, sem que haja fundamento constitucional é inadmissível. É certo que o Estado, a bem da realização de interesses públicos necessita de recuperar os créditos originados de tributos, mas isso não autoriza a flexibilização do regime dos direitos fundamentais ou relativização de garantias que os tornem efetivos, como regra. Não se pode instituir desigualdade processual, com alegação genérica do descumprimento do interesse público, isto corresponde a considerar uma superioridade para o interesse público. Agir assim é considerar inexistente igualdade entre as partes e negar a equivalência entre as "armas". É necessário que sejam asseguradas, avanços, como os ocorridos na Ação Executiva Comum, não para fins de que seja o processo de execução desnaturado, mas que seja adequado a Constituição.

#### **5.4 EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL EXECUÇÃO COMUM**

A execução comum, para satisfação do valor expresso em título extrajudicial, encontra-se prevista no Código de Processo Civil. Tais execuções, como a execução fiscal, são instruídas por título e há presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito, não cabendo maiores considerações sobre os requisitos do título e outros aspectos coincidentes, para o tema. Alguns aspectos que, pelas diferenças no tratamento interferem no tema são consideradas, ao



tratar conjuntamente das prerrogativas, posto que, diferentemente do que ocorre no Direito Português, não há dúvida sobre a natureza judicial do processo de execução fiscal, não havendo continuidade, integração ou dependência entre as fases administrativa e judicial, sendo ambas, execução comum e fiscal, totalmente processadas no Poder Judiciário.

Apesar do regramento diverso estabelecido pela Lei de Execuções Fiscais, com relação a execução de títulos oriundos de débitos com a Fazenda Pública, se comparadas aos demais títulos extrajudiciais, cuja execução está prevista no do Código de Processo Civil, não serão feitas maiores considerações, sobre a execução comum, por corte metodológico, separadamente, no presente item.

Cabe, todavia, destacar que, algumas alterações promovidas pela Lei 11.832 ao Código de Processo Civil anterior, ao argumento de conferir maior celeridade as execuções, que não foram consideradas como aplicáveis a Execução Fiscal, geraram inúmeras discussões. Diante disso, algumas alterações foram repelidas ao argumento da incompatibilidade com outros dispositivos voltados a regular o orçamento público, a exemplo das que repercutem no pagamento de dívidas do Estado, que envolvem a emissão de precatórios, cuja regulação tem sede Constitucional. Também se discutiu a automática suspensão da execução pelo oferecimento de embargos, prevista na execução fiscal.

#### **5.4.1 EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL**

Conforme já exposto, existem varas especializadas, para o tratamento de processos que envolvem as Fazendas Públicas. Além disso, a competência em razão das pessoas e da matéria é observada nos processos submetidos a Justiça Federal. Esta é competente para julgar as execuções fiscais voltadas a satisfação de créditos relacionados a imposto de renda, cuja natureza tributária dos créditos, foi delimitada na presente, para fins de análise das prerrogativas, objeto do tema.

No tocante a legislação processual civil, sendo o Novo Código de Processo Civil diploma que também se aplica as execuções fiscais, por conter disposições gerais que se dirigem a todas as ações e partes, também se notam dispositivos que estabelecem diferenciação à

Fazenda Pública, no processo em geral, enquanto parte. Alguns serão tratados na presente abordagem, a exemplo dos que referem: ao estabelecimento de prazos diferenciados; para contestar e recorrer; obrigam o reexame necessário das decisões contrárias, de acordo com certo valor de alçada; arbitramento de honorários sucumbenciais, que deverão ser calculados por critério próprio, quando a Fazenda Pública é vencida; dispensa e posterior recolhimento de custas; entre outras.

Diante de alguns dispositivos do Novo Código de Processo Civil também estabelecerem diferenciação no tratamento da Fazenda Pública, as diferenciações estabelecidas pela Lei de Execuções Fiscais, serão abordadas conjuntamente. Em seguida, as discussões que o tema tem suscitado. Antes, contudo, necessário algumas considerações acerca da Lei de Execuções Fiscais.

A Execução da dívida ativa para com a União, Estados, DF, Municípios e suas respectivas autarquias e Fundações públicas é regida, por lei especial, a Lei 6830/80, Lei de Execuções Fiscais e algumas disposições do CTN, sendo o Novo Código de Processo Civil utilizado subsidiariamente.

A Lei 6830/80, que regula a satisfação de créditos devidos a Fazenda Pública, criou disciplina diversa da utilizada na execução comum de título extrajudicial, regulada pelo Novo Código de Processo Civil. A doutrina crítica os argumentos utilizados, no sentido de que a disciplina diversa visa conferir maior celeridade ao ingresso dos recursos aos cofres públicos. Segundo as críticas, o argumento de que hipóteses que visam tornar o procedimento mais eficiente não devem ficar restrito à lei especial, devendo ser aditado ao rito comum da expropriação, além de não encontrar razoabilidade na concessão de privilégios a títulos extrajudiciais, já que os títulos judiciais reclamam maior efetividade.<sup>166</sup>

A execução fiscal é espécie de execução por quantia certa, por meio da qual a Exequente busca, junto ao Poder Judiciário, através da expropriação de bens do patrimônio do devedor, obter satisfação de prestação pecuniária líquida, certa e exigível. Prestação

---

<sup>166</sup> Cfr. Araken de Assis, que menciona no mesmo sentido Humberto Teodoro Junior (A Nova Lei de Execução nº2, p.4) e Donaldo Armelin (Cobrança da dívida ativa não tributária da Fazenda Pública, p. 15. Cfr. DE ASSIS, Araken **Manual das Execuções**, Pp. 1417 e 1418.

identificada na certidão da dívida ativa, que poderá abranger valores devidos por dívidas tributárias e não tributárias<sup>167</sup>, compreendendo atualização monetária, multa e juros de mora, conforme determinam os arts 1º e 2º da Lei 6830/80.

Quaisquer valores, cuja cobrança seja atribuída por lei à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como suas respectivas autarquias, poderão ser objeto de execução fiscal, conforme a Lei n. 6.830, quer se trate de crédito tributário, quer não. A cobrança por essa lei, todavia não inclui as empresas públicas, nem as sociedades de economia mista, cujo regime jurídico é o do direito comum.<sup>168</sup>

Segundo o disposto no artigo 39, parágrafo 2º, da Lei n. 4.320/64, *dívida ativa não-tributária são os demais créditos da fazenda Pública, tais como estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudémios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.*

São exemplos de dívidas não tributárias: em nível estadual as multas criminais, as multas por infrações ambientais, as multas decorrentes de infrações previstas no Código do Consumidor e a reposição de vencimentos pagos indevidamente; em nível federal as multas impostas pelo Inmetro, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelos conselhos profissionais e pela fiscalização do trabalho (CLT), dentre outras<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Conforme se Lê, a Lei 4320/64 menciona lista exemplificativa de créditos não tributários. Após referida lei, muitos são os exemplos de créditos que podem ser incluídos a tal lista.

<sup>168</sup> Humberto Theodoro, **Lei de Execução Fiscal**, pp. 28.29

<sup>169</sup> Humberto Theodoro Júnior, **Lei de Execução Fiscal**, p.15

#### 5.4.1.1 PRAZOS PROCESSUAIS

“Art. 183 A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazos em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§1º A intimação pessoal far-se-á por cargo, remessa ou meio eletrônico

§2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer de forma expressa, prazo próprio para o ente público.”

O legislador de 1973 estabelecia o quadro em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Sobre tal regra, do Código anterior, no entendimento de Leonardo Carneiro, a regra do art. 188 do CPC se aplicava a qualquer procedimento (ordinário, sumário, cautelar ou especial), inclusive nos que se referem à execução fiscal. Também, vale salientar que não se aplicava a regra do art. 188 quando havia regra específica fixando prazo próprio, a exemplo do prazo de 20 (vinte) dias para contestar a ação popular (Lei 4717/1965, art. 7º, IV), e processos dos juizados especiais cíveis ou criminais. É que, sendo a regra uma exceção, só se aplica aos prazos para contestar e recorrer e à Fazenda Pública. Há controvérsia da aplicação dessa regra à ação rescisória. No que concerne ao prazo em dobro, para recorrer é mais restrita a interpretação.<sup>170</sup>

São comuns alegações de representantes da Fazenda Pública no sentido de que tais prerrogativas visam a igualdade material. Por isso consideram necessária a dilação de prazo, considerando a quantidade de processos, que podem ocasionar prejuízos ao erário, caso não se conte com prazos apropriados para elaboração de ações e defesas. Também argumentam que a complexidade das demandas ocupa tempo superior as causas comuns, requerendo estudos aprofundados.

Argumentos, que, contudo, nem sempre são plausíveis, haja vista que existem situações diferenciadas a observar, havendo atualmente, na maioria das cidades, maior estrutura, com dotação de recursos materiais e representação jurídica por corpo de procuradores especializados, integrantes de carreira. Além disso, os argumentos com relação ao tempo de estudo na matéria, igualmente se aplicam aos advogados das partes, mas não contam com prazos

---

<sup>170</sup>Cfr.CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. p. 40

dilatados para prática de atos processuais. Prazos extensos prejudicam a celeridade da justiça. Acertada a redução dos prazos, pelo Novo Código de Processo Civil.

#### **5.4.1.2 INTIMAÇÃO AO PROCURADOR DA FAZENDA E AO ADVOGADO DO EXECUTADO**

A teor do art. 25 da Lei 6830/1980, a intimação do “representante judicial da Fazenda Pública se realizará pessoalmente. Segundo Araken, essa regra visava impedir a intimação do Procurador da Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal através do órgão oficial eletrônico.

Tal regra foi entendida pelo STJ como razoável. É o que se infere do julgado da 1ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 72.483-RS, de 15.12.1996, de relatoria do Ministro José de Jesus Filho, publicado no DJU 11.03.1996, p. 6.577, conforme mencionado por Araken de Assis, no Manual da Execução, p. 1430.

O art. 183, §1º, do NCPC, incorporou a diretriz, dispondo que a intimação do advogado público far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

Para Araken de Assis, caso o Procurador da Fazenda Pública atenda a intimação pela imprensa, não se invalida o ato, nem é preciso nova intimação, posto que cumpridas a finalidade e o do não prejuízo (arts. 277 e 282, §do NCPC).

Segundo o mesmo autor, uma das aplicações do dispositivo consiste em caracterizar a inércia da Fazenda Pública para os fins do art. 485, 17, do NCPC, ou seja, prévia intimação pessoal do Procurador, para fins de extinção do processo. (p. 1431)

Enquanto que a intimação dos advogados das partes mantém-se a sistemática do art. 27 da Lei 6830/1980, sendo prática dos cartórios realizar intimações idênticas, comuns a todos os devedores, onde consta somente o número dos processos e da dívida ativa, partes e advogados. Medida que não tem sido criticada.

#### **5.4.1.3 DESISTÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA DA EXECUÇÃO, ANTES DA SENTENÇA, ÔNUS PROCESSUAIS E REFLEXOS NA AÇÃO DE EMBARGOS**

No artigo 26 da Lei de Execuções Fiscais existe a previsão da desistência do processo executivo, diferentemente do que ocorre na execução comum. Nos termos do art. 26, a extinção da execução fiscal, motivada pelo cancelamento da inscrição da dívida ativa, a qualquer título, antes do julgamento dos embargos, libera o ônus das partes.

Do art. 797, caput do NCPC, infere-se que a execução se dá no interesse do credor. Nessa linha, para Araken de Assis, na melhor das hipóteses, o executado deixa de perder, mas não obtém êxito, conforme ocorre quando há juízo de improcedência da função jurisdicional de conhecimento. Entende ser essa regra decorrência da ampla disposição do credor conforme art. 775 do NCPC. Na regra que a esta antecedeu, o legislador não disciplinou as despesas processuais e os honorários, na execução ou nos embargos, para a hipótese. Por isso, se aplicava o art. 90, caput, do CPC anterior, voltado ao processo de conhecimento, onde se impunha as despesas e honorários a parte desistente na demanda paralela aos embargos. Tal lacuna foi suprida pelo art. 26 da Lei 6830/1980, que prevê a isenção de ônus as partes, se antes da decisão de primeira instância houver cancelamento da inscrição da dívida a qualquer título, mas o mesmo Autor considera tal regra aplicável a decisão a ser proferida na ação de embargos, já que dificilmente se verificará semelhante hipótese na demanda executiva. Na mesma linha, entende, ainda, que não se trata de desistência apenas da demanda, haja vista que o cancelamento da inscrição acarreta o desaparecimento do crédito, sendo, tal hipótese, mais próxima da prevista no art. 924, IV, do NCPC.<sup>171</sup>

De fato, o legislador visou liberar totalmente a Fazenda Pública das despesas e dos honorários devidos ao contribuinte vitorioso, se renunciasse ao crédito, seja no processo executivo, seja nos embargos. Mas a intenção do legislador, na interpretação do preceito, deve ser interpretada de forma a demonstrar maior razoabilidade.

O problema do artigo 26 da lei 6830/1980 reside na identificação dos ônus, posto que a Fazenda, não antecipa despesas processuais, inexistindo custo direto em face da demanda, até sentença que extingue o processo. Diante disso, acaba por ficar definitivamente dispensada de reembolsar as despesas realizadas pelo executado. Entende Araken de Assis que, sendo esse

---

<sup>171</sup> Cfr. ASSIS, Araken de, **Manual da Execução**, p. 1427

o sentido da regra, não há violação a Constituição de 1988, já que a isenção do art 26 da Lei 6830/1980 alcança “as partes”, não estando, também o executado, obrigado a pagar leiloeiro<sup>172</sup>.

Por outro lado, o art. 26 da Lei 6830/1980 não exerce influência no desate da ação de embargos, não sendo aplicável, também à hipótese do art. 2º § 8º da Lei 6830/1980. Em tais casos, o executado tem interesse de anular o título executivo e declarar a inadmissibilidade da pretensão de executor da Fazenda. É certo que, pelo cancelamento da inscrição promovido pela Fazenda Pública, o devedor atingiu seu objetivo principal, possivelmente pelo acolhimento dos argumentos que foram levados a autoridade fazendária. Daí se afigurar desproporcional que, à vista dos embargos, pudesse ser riscada a inscrição na dívida ativa, e liberada a Fazenda dos respectivos ônus de sucumbência.<sup>173</sup> O cancelamento nesses termos poderá configurar reconhecimento implícito do pedido, pela Fazenda, na forma do que dispõe o art. 493 do NCPC, o que acarreta a extinção do processo, com julgamento de procedência do pedido<sup>174</sup>.

No do STJ, no entanto, o juiz deve pesquisar o motivo do desaparecimento do interesse, acaso existente, quando do ajuizamento da demanda, e se a pretensão era fundada. Dessa forma entende ser possível verificar quem, deu causa, *de modo objetivamente injurídico*, à instauração do processo, a fim de arcar, em consequência, com custas e honorários”. Se demonstrada ser a Fazenda Pública que deu causa de modo objetivamente injurídico, esta suportará a condenação ao reembolso das despesas (art. 82, § 2º, do NCPC) e ao pagamento dos honorários nos embargos (art. 85, caput). Essa orientação é tida como pacífica em acórdão do STJ. Contudo, se decorrer de erro na declaração de contribuinte necessário que sejam cotejados a data da retificação com a data do ajuizamento da execução. É o que noticia Araken de Assis se inferir do entendimento da 1ª S. do STJ, no julgamento de REsp., nos autos do processo 1.111.002-SP, 23.09.2009, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJE 01.10.2009.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Cfr. ASSIS, Araken de, **Manual da Execução**, p. 1428

<sup>173</sup> Nesse sentido, ASSIS, Araken de, que menciona o mesmo posicionamento de Costa e Silva, Teoria e **Prática do Processo Executivo Fiscal**, nº 200, p. 567; THEODORO JUNIOR, Humberto, **A Nova Lei de Execuções Fiscais**, nº 73, p. 91 e outros.

<sup>174</sup> ASSIS, Araken, **Manual da Execução**, p. 1428

<sup>175</sup> Cfr. Assis, ARAKEN, **Manual da Execução**, pp 1428 e 1429.

O artigo 773 do NCPC reforça a orientação do STJ, no sentido de que a desistência da ação por parte do exequente após apresentados os embargos, impõe condenação de custas e honorários.

Admitir-se que a Fazenda agrida o patrimônio de alguém que, equivocadamente, elegeu como obrigado e, sem ônus, possa desistir da demanda, tendo acarretado despesas com honorários e até outros danos da cobrança indevida, não se afigura condizente com os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade. Mas Araken de Assis menciona que o campo de aplicação do art. 26 da Lei 6830/1980, na forma da Sumula do STJ, nº 153, restringe-se, a princípio, a demanda executiva, não alcançando a ação de embargos, já que considera que esta não libera o exequente dos honorários em caso da sucumbência, já que a provocação da jurisdição, ao propor a execução, deu azo a ajuizamento da ação de embargos. Não havendo que se admitir desistência, sem os ônus cabíveis.<sup>176</sup>

Algumas decisões consideram que a desistência da execução, mesmo antes dos embargos ou independente deles, não inibe a condenação por honorários, caso haja oferecimento de exceção de pré-executividade, provocando a extinção do processo executivo. A exemplo dos julgados do STJ: 1º T. do STJ, REsp. 82.491-SP, 23.05.1986, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU 17.06.1996, p. 21.454 e 1ª T. do STJ, AgREsp. 551.251-RS, 04.11.2003, Rel. Min. José Delgado, DJU 19.12.2003.<sup>177</sup>

#### 5.4.1.4 DESPESAS PROCESSUAIS

A teor do art. 39, caput, da Lei 6830/80, a Fazenda Pública não se sujeitará ao pagamento de despesas judiciais, nem à sua antecipação, quando necessária (ex. período). Mas a Lei 9289/1996, no seu art. 1º parág. 1º informa que as custas das execuções ajuizadas pela Fazenda Pública Federal na justiça comum obedecem a lei local. Por isso, o STJ entende que exceto se houver convênio que a isente (1ª T. do STJ, REsp. 507323-PR 28.10.2003, Rel. Min. Francisco Falcão DJU 15.12.2003.

---

<sup>176</sup> Cfr. ASSIS, Araken, **Manual da Execução**, P. 1429.

<sup>177</sup> Cfr. ASSIS, Araken, **Manual da Execução**, p. 365.



O art. 39 da Lei 6830/1980 deixava dúvida sobre sua eficácia perante os auxiliares do juízo (ex. o perito e o leiloeiro), posto que não ficariam a mercê de receber remuneração pelo trabalho somente se a Fazenda for a vencedora (art. 905). Em face disso o art. 91 do NCPC passa a dispor que, em princípio, as despesas serão pagas, a final, pelo vencido, ou seja, pelo adversário da Fazenda Pública (art. 91 caput). Mas não sendo este o caso, como ocorre com o avaliador e o leiloeiro, a) ou o ato será praticado por entidade pública – o que não garante equilíbrio ou isenção – b) ou será paga com recursos orçamentários (art. 91, §1º).<sup>178</sup>

Assim, STJ estabelece na súmula nº 190 que “na execução fiscal, processada perante a justiça estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio de despesas com transporte dos oficiais de justiça.” Também a súmula 232 dispõe em semelhante sentido em se tratando de honorários de perito, estabelecendo depósito prévio.

Vencida a Fazenda, nos embargos, ressarcirá as despesas processuais ao executado e embargante (art. 84 do NCPC){...}. Valores que serão exequíveis pelo procedimento do art. 34.

#### **5.4.1.5 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA SÓCIO-GERENTE**

O art. 135, III, do Código Tributário Nacional, prevê a responsabilidade do sócio gerente. A responsabilidade ali prevista é subjetiva, respondendo o sócio subsidiariamente pelos débitos da empresa, em caso de agir com excesso de poderes, por atos contrários ao contrato social ou estatuto ou infração de lei. A regra é que haja comprovação de culpa ou dolo, para a responsabilização do sócio. Contudo, na execução fiscal, há situações em que se presume a culpa.

O Código de Processo Civil instituiu procedimento próprio para a desconsideração da personalidade jurídica, de forma a garantir o contraditório e a ampla defesa (NCPC, arts. 133 a 137).

Humberto Teodoro Júnior defende que tal procedimento deverá ser adotado nas execuções fiscais, para o redirecionamento das execuções, contudo, menciona que há

---

<sup>178</sup> ASSIS, Araken, **Manual da Execução**, p. 778

entendimento contrário de João Aurindo de Melo Filho, com relação a ser desnecessário tal incidente em casos de dissolução irregular.<sup>179</sup>

Concorda-se com Humberto Teodoro Júnior, considerando a necessidade de colaboração das partes no processo, do contraditório e da ampla defesa, que, mormente em questão de redirecionamento deve ser observados, para comprovação da culpa (em sentido amplo). O redirecionamento, sem o acerto da responsabilidade, a ninguém aproveita. O que mais se vê, no Brasil, é o encerramento irregular da empresa, a colocação de pessoas, como sócias, sem nenhuma capacidade de pagamento. Pelo contraditório, seria mais fácil responsabilizar o sócio que, de fato, deveria responder pelo débito, caso não encontrados bens na empresa. Tal expediente, não impede recuperação de créditos, basta que a Fazenda Pública lance mão de medidas cautelares, para preservar o patrimônio dos responsáveis de fato e de direito. O modelo atual não traz resultados. Amontoam-se processos, responsabilizam-se sócios, que, na maioria, apenas foram colocados em tal condição, para fins de omitir o sócio de fato, sem que possuam bens, para fins de garantir a execução.

Precedentes do STJ apontam que, se não há extinção da sociedade, a comprovação da culpa cabe a Fazenda Pública.

Saliente-se que, há entendimento de que, ao sócio cotista, na condição de sócio-gerente, quando da dissolução irregular da sociedade, descabe impor-lhe a responsabilidade de que trata o art. 135, III do CTN. Precedentes do STJ- REsp. nº 93.609/AL, Rel. Min Demócrito Reinaldo, DJ, 02, mar, 1998.<sup>180</sup>

#### 5.4.1.6 MEIOS DE DEFESA À DÍVIDA PÚBLICA

Dispõe o artigo 38 da lei 6830, que a discussão da dívida ativa “só” se admite, em sede de execução, por meio da ação de embargos à execução, exceto nas hipóteses do mandado de segurança, ação de repetição de indevido, ação anulatória do ato declarativo da dívida. Contudo, não se pode, à luz da atual Constituição Federal restringir o acesso aos órgãos

---

<sup>179</sup> TEODORO JÚNIOR, Humberto, **Lei de Execução Fiscal**, pp. 110 e 111.

<sup>180</sup> TEODORO JUNIOR, Humberto, **Lei de Execução Fiscal**, pp. 477ss

jurisdicionais em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, sendo certo, pois, que o dispositivo apontado não exclui o emprego de quaisquer outros remédios, por apenas referir as ações mais comuns<sup>181</sup>. A lista é exemplificativa, exemplo disso é a ação de consignação, por exemplo, prevista no art. 164, na Lei 5172/1996, que é admitida, embora haja a necessidade de cumprimento de pressupostos processuais específicos. Outro exemplo é a ação anulatória de débito, a despeito de exigir depósito prévio, para fins de suspensão da exigibilidade do título e, consequente inibição da pretensão de executar, nos termos do 788 do NCPC.<sup>182</sup>

Em caso de utilização de quaisquer dos remédios previstos no art. 38 da Lei 6830/80, entende-se haver renúncia de discutir na esfera administrativa a regularidade da cobrança, seja qual for a fase do processo judicial diante da prevalência dos atos judiciais. A partir daí, torna-se definitivo o lançamento, podendo ser inscrita a dívida, se não houver determinação em contrário, por meio de liminar em mandado de segurança ou equivalente.

Se houver reconhecimento, em quaisquer das demandas previstas no art. 38, de que inexistente o débito, perante a Fazenda, cabe restituição do indébito ou indenização conforme art. 776 NCPC.

A esse propósito o art 55 do NCPC prevê a reunião de processos em caso de anulatória, harmonizando-se com o entendimento do STJ, que considera que a reunião dos processos prestigia a segurança jurídica e a economia processual, posto que evita decisões conflitantes. Saliente-se, contudo, que a reunião não pode ser efetuada em certas situações, como ocorre se há regra relacionada à competência absoluta.

#### **5.4.1.7 REEXAME NECESSÁRIO**

Sobre o reexame, previsto no CPC anterior, abrangem os serviços de valor superior a 60 salários mínimos, foram criadas, pelo novo código, faixas diferenciadas, estabelecendo-se no §3º do art. 496, como condição para remessa, a seguinte escala de valores:

---

<sup>181</sup> Cfr. Assis, Araken de. Manual da Execução, p. 1419

<sup>182</sup> Araken de Araken menciona a necessidade de depósito prévio para a suspensão da Execução Fiscal. Cfr. ASSIS, Araken de, **Manual das Execuções**, p.1421

Ente público: União, suas autarquias e fundações de Direito Público: acima de 1000 (mil) salários mínimos; Estados e Distrito Federal e Fundações de Direito Público, além dos Municípios que constituem capitais: acima de 500 (quinhentos) salários; Demais municípios, autarquias e fundações de Direito Público, acima de 100 (cem) salários-mínimos.

Também restou estabelecido que não serão objeto de reexame necessário as sentenças que foram convergentes com súmula de Tribunal Superior ou com acórdãos do STJ e STF.

#### 5.4.1.8 HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Segundo o STJ, a nova redação do art. 20 § 4º do CPC de 1973 deixa indubitado o cabimento de honorários de advogado em execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial.

O NCPC no art. 523, § 1º elimina os honorários, caso haja pagamento, por parte do executado, tão logo intimado. Esta não parece ser uma boa solução, pois desconhece o trabalho do advogado na elaboração do requerimento (do art. 513, § 1º). Para Araken de Assis tal solução só será possível se o vencido cumpre espontaneamente (sem precisar de requerimento).<sup>183</sup>

O art. 1º da Lei 9494/1997, com a redação da MP 2.180-35 de 24.08.2001, que estipulou que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. Essa regra gerou discussões, sendo contestada a constitucionalidade. O STF acabou por entender constitucional, dando interpretação que reduz a aplicação da mesma para a execução por maior quantia contra a Fazenda e afirmou que nestas (não embargadas ou não impugnadas) posteriores à edição da medida, não cabe.<sup>184</sup>

O art. 85 do NCPC dispõe que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. Até mesmo quando atue em causa própria. O valor deve ser fixado

---

<sup>183</sup> ASSIS, Araken, **Manual da Execução**, p. 778

<sup>184</sup> ASSIS, Araken. **Manual da Execução**, p. 773

entre 10% a 20% sobre o montante da condenação, dobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível, mesurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.<sup>185</sup>

O parágrafo 3º do art. 85, do CPC, no entanto, prevê que, quando a Fazenda Pública for parte no processo os honorários serão fixados consoante percentual indicado em lista contida nos seus diversos incisos, atendidos os critérios dos § 9º daquele mesmo artigo, em percentuais que vão entre 1% e 3% a 10% e 20%, a depender do valor, expresso pela quantidade de salários mínimos.<sup>186</sup>

## **5.5 DAS DISCUSSÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO ÀS PARTES**

No Brasil, parte da doutrina é favorável ao tratamento diferenciado; outra parte entende que há violação ao princípio Constitucional da isonomia, previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Os que defendem a possibilidade da concessão do tratamento diferenciado argumentam justamente em face do princípio da isonomia no sentido aristotélico, consistente em igualar iguais e desigualar desiguais, justificam a necessidade de tal tratamento à Fazenda Pública, por entenderem existir desvantagem no processo em relação a esta, com argumentos variados tais como: insuficiência de procuradores públicos, quantidade de processos, falta de servidores e burocracia nas comunicações externas, como suficientes para justificar o alargamento dos prazos para a prática dos atos da Fazenda Pública.

Para os que advogam a diferenciação no tratamento, o fato da Fazenda Pública tutelar o interesse da coletividade já é motivo suficiente para que ostente condição diferenciada das demais pessoas físicas no processo, visto que a condenação da Fazenda Pública repercute no erário público, que pertence a toda sociedade, havendo Supremacia do interesse público sobre o privado.

---

<sup>185</sup> CARNEIRO, Leonardo, **A Fazenda Pública em Juízo**, p. 121

<sup>186</sup> CARNEIRO, Leonardo, **A Fazenda Pública em Juízo**, pp. 121 e 122

Celso Antonio Bandeira de Mello, que lidera a corrente que defende as prerrogativas à Fazenda Pública, destaca que a Administração Pública não titulariza interesses públicos, mas sim o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita mediante o conjunto de órgãos, veículo da vontade geral estatal consagrada. Nessa linha, informa que tais interesses são inapropriáveis, cumprindo a Administração guarnecê-los, havendo, por parte desta, um poder-dever, já que são bens e interesses qualificados como próprios da coletividade. Aduz que existe diferença entre o interesse primário e o interesse secundário, baseando-se na análise efetuada por Renato Alessi, que define o interesse público como: *a dimensão pública do interesse de cada indivíduo enquanto participe da Sociedade*. E no sentido de cumprimento do interesse público é que justifica a noção da supremacia do interesse público, exemplificando situações em que são decorrentes de tal princípio (prazos especiais para prescrição, benefícios de prazos maiores para intervenção no processo, presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos).

A doutrina contrária a supremacia do interesse público aponta o caráter vago de tal conceito a indeterminação do significado de interesse público, que sofre variações, bem assim a dificuldade de conciliar tal supremacia em situações em que há confronto entre este e os direitos fundamentais, que seriam colocados à disposição dos Poderes Públicos que facilmente seriam manipulados em nome dos interesses da coletividade, além da conotação absolutista do conceito de supremacia do interesse público, ao invés de representar garantia aos cidadãos.

Também os que se opõem a Supremacia do interesse público sobre o privado representa uma visão equivocada da relação entre a pessoa humana e o Estado, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez que as pessoas não existem para servir o Poder Público, mas sim o Poder Público para servir a comunidade.

Para Paulo Ricardo Schier, focado em discurso analítico e não normativo, a prática administrativa constitucional ao considerar o pressuposto da existência de referido princípio, o tem erigido a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais. Apesar de não se preocupar em definir o interesse público, conceito indeterminado, questiona a forma como este é elevado a um pretense patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e liberdades individuais. Segundo entende, tal prática, representa a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais. Isso abre espaço *a emergência de uma política autoritária de realização*

*constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre ceder aos reclames do Estado, que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.*<sup>187</sup>

De fato, a considerar-se a supremacia do interesse público sobre o privado como princípio, inviabiliza-se a averiguação da observância ao princípio da igualdade e de outros princípios e garantias fundamentais aplicáveis ao processo, uma vez que parte-se de antemão do pressuposto de superioridade do interesse público, em relação a qualquer outro direito ou garantia constitucionalmente. Assegurando-se prioridade a qualquer alegação de interesse público, independente das nuances do caso concreto, em prejuízo da aferição se a fundamentação satisfaz a proporcionalidade, parâmetro para aferição da constitucionalidade.

A despeito dos entendimentos contrários à supremacia do interesse público, os doutrinadores tradicionais, embora considerem valiosas as reflexões da corrente crítica que defende a efetividade dos direitos fundamentais, em contraposição ao princípio do interesse público, permanecem na defesa do referido fundamento do regime jurídico administrativo., com Celso Antonio Bandeira de Mello, Fabio Medina Osório, Lúcia Vale Figueiredo, dentre outros.

No entendimento de Willis Santiago Guerra Filho, há distinção entre prerrogativas e privilégios. *Na definição jurídica do que seja privilégio, que remonta a tradição romana, é de ser considerado como preceito que dispõe sobre situação individual, seja para punir ou beneficiar, desconsiderando a generalidade, que já a filosofia grega apontava como da essência das leis. [...]. Já as prerrogativas definem uma situação de superioridade necessária ao exercício de uma função pública, isto é, daquela espécie de poder que é exercido não no interesse próprio ou exclusivo, mas no interesse de outrem ou por um interesse objetivo.*<sup>188</sup>

Parte-se do pressuposto da existência de referido princípio para, a partir daí, demonstrar que a práxis administrativo- constitucional o tem erigido a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais. Trata-se, logo, neste momento, não de elaborar um discurso normativo mas, sim, analítico. De verificar o modo como a política jurídica se apropria (de) e transforma conceitos da dogmática jurídico-constitucional.

---

<sup>187</sup> SCHIER, Paulo Roberto

<sup>188</sup> GUERRA FILHO, Willys Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 135.

Acertada é a conclusão, no sentido de que a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado, que acaba por criar, no interesse público, argumento para tudo.

Interessante, ainda, ressaltar, que, a exemplo de outros conceitos, também o do interesse público sofreu uma reconfiguração, conforme Marçal Justen filho, que delimita o conceito de interesse público aos direitos fundamentais preconizados na CF/88. Para tanto, desenvolveu conceituação em que enfatiza não ser o interesse público do Estado, do aparato administrativo, ou da competência do agente estatal.

Não considera, pois, possível que se entenda o interesse público a partir do seu titular, pois o Estado existe para atender as necessidades coletivas, além de ser aparelho de efetivação dos interesses públicos. O interesse público é anterior ao Estado e é público por não ser o Estado o seu titular.<sup>189</sup>

Na seara metodológica calha adotar que as reflexões que seguem não têm por preocupação definir o conceito indeterminado de *interesse público*. Crê-se que os esforços para a democratização de seu conteúdo na doutrina nacional têm sido muito profícuos[2]. *O que se questiona, logo, não é o conteúdo mas, sim, a forma: a entronização do interesse público num pretense patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e liberdades individuais.*

A ideia de privilégios já não cabe no Estado Democrático de Direito, onde o Estado deve estar subordinando ao Direito, como qualquer particular, em observância ao princípio da igualdade formal e material a ser conferida às partes. Em face disso, necessário sejam analisadas as prerrogativas mencionadas à luz dos princípios constitucionais, da legalidade, da igualdade,

---

<sup>189</sup> Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 38.



proporcionalidade, separação dos poderes, a fim de que se possa averiguar se são prerrogativas ou privilégios.

Entende-se que, independente da utilização da expressão “privilégios” ou “prerrogativas”, qualquer estabelecimento de vantagem material ou processual, à Administração capaz de restringir injustificadamente direitos fundamentais, em nome de alegações vagas de interesse público, bem como e outras mais, sem que se comprove e a exata necessidade da medida, seja por parte do legislador, seja pela Administrativa, seja pelo Judiciário, não encontra respaldo nos princípios e normas constitucionais, que tem na dignidade humana sua base material. E tal posicionamento não significa de antemão aceitar os direitos fundamentais individuais como absolutos.

No Direito Português, também, se percebem argumentos que consideram o interesse público como suficiente para a aplicação das normas previstas no CPPT e na LGT, o que acaba por conferir, na maioria das vezes, sob tal argumento genérico, posição que beneficia a Fazenda Pública, nem sempre restando claros os critérios utilizados pelo legislador para instituir tal diferenciação; muito menos se tal critério é válido no caso concreto, observados os vários princípios constitucionais. A exemplo dos princípios: da igualdade, da proporcionalidade, da legalidade, da separação dos poderes, do acesso à justiça.

Os pontos em quem há controvérsia mostram que as garantias instituídas pelo Estado de Direito Democrático são, como no Brasil, ainda tributárias de influências do período liberal, ou mesmo antiliberal, onde o conceito de interesse público autoritário acaba por ser considerado superior em relação a proteção dos direitos fundamentais. A começar pelas questões que envolvem a possibilidade da Administração Pública praticar atos, no processo de execução fiscal, tipicamente jurisdicionais, nem sempre plausíveis.

A igualdade como outras normas de direito fundamental, possui dupla dimensão devendo ser observada, no aspecto material e processual, objetiva e subjetivamente. Ainda que, como já se mencionou seja necessário promover restrições, posto não serem os direitos fundamentais absolutos.

Para Jorge Reis Novais os direitos fundamentais são trunfos contra o Estado, utilizando a terminologia de DWORKIN, mas não são imunes a restrições. Este distingue restrições e

intervenções restritivas nos direitos fundamentais. Tal distinção é seguida por parte significativa da doutrina portuguesa. A restrição, em sentido estrito, consiste numa afetação negativa de um direito fundamental produzido por uma norma com vocação geral e abstrata e que, portanto, não sendo considerada inconstitucional, modifica a anterior norma de direito fundamental; já uma intervenção restritiva é um ato pontual, individual e concreto, que afeta negativamente uma posição jusfundamentalmente protegida, não tem essa vocação de alteração da anterior norma de direito fundamental.

190

Na doutrina de Jorge Reis Novais a restrição a direitos fundamentais deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, sendo observadas as respectivas etapas. Conforme informa, não se trata de mera ponderação de valores ou sopesamento, na forma que se costuma chamar no Brasil, sendo esta última apenas uma das etapas da averiguação da possibilidade de restrição. O juízo de proporcionalidade exercido pelo legislador é diferente do exercido pelo juiz, que em momento posterior à edição da norma fará o controle da restrição, no intuito de averiguar se a justificativa para a restrição é plausível, não sendo a mera alegação do interesse público justificativa plausível. É necessário demonstrar na situação concreta que o interesse público é superior ao interesse individual em conflito.

Considera-se acertados os posicionamentos desfavoráveis a consideração da supremacia do interesse público sobre o particular. Além disso, acredita-se haver supremacia dos direitos fundamentais, embora não sejam absolutos. A preservação dos direitos fundamentais, individuais, coletivos, difusos, constitui porção do próprio interesse público. Não existe qualquer regra absoluta de prevalência do papel institucional do Estado, a ser estabelecida a priori, sobre os direitos fundamentais.

A atribuição de função jurisdicional a outros órgãos administrativos não se coaduna com o Estado democrático de Direito, posto que ao Judiciário controlar a regularidade das normas, cumprindo-lhe a tarefa de dizer, em definitivo, o direito aplicável. Existe uma reserva de jurisdição, não se podendo admitir a atribuição de tal competência, para o exercício da

---

<sup>190</sup>Cfr. Jorge Reis Novais, **As restrições A Direitos Fundamentais não expressamente Autorizadas pela Constituição**, pp.192ss.

função jurisdicional a certas entidades não jurisdicionais. Tal atribuição só não será inconstitucional se tiver uma finalidade meramente coadjuvadora.

Assim, existem prerrogativas que podem constituir verdadeiros privilégios, para a Fazenda Pública, no Brasil e em Portugal. No Brasil, por exemplo, dentre outros que foram investigados ao longo da pesquisa: a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, enquanto o executado é sempre intimado pela imprensa; cancelamento da inscrição da dívida, mesmo depois de ajuizada a execução; arbitramento de honorários de advogado, por critérios diferenciados; prazos processuais diferenciados; redirecionamento da execução para sócios. Em Portugal: a possibilidade de conferir ao mesmo órgão que administra, o Poder de praticar atos de jurisdição; reversão da execução contra sócios; a delimitação de matéria a ser arguida em oposição; além de outros. Todos esses tratamentos diferenciados podem, potencialmente, dar azo a restrições inconstitucionais a direitos fundamentais, contrariando aos ordenamentos desses Estados de Direito Democráticos.

## CONCLUSÃO

1 - Nos ordenamentos constitucionais brasileiro e Português o princípio da dignidade da pessoa humana está entre os princípios fundamentais, no artigo 1º, inciso III da Constituição do Brasil e 1º da Constituição Portuguesa. São objetivos comuns a esses Estados a construção de sociedades livres, justas e solidárias.

2 - Diante do fato de que o poder confiado ao Estado, para o exercício das suas funções, cuja estruturação política e limitação jurídica se expressa em várias normas constitucionais, que encontram suporte material, direta ou indiretamente, no princípio da dignidade humana, todas as entidades públicas ou privadas estão vinculadas a este princípio, nesses Estados Democráticos.

3 - Com relação a evolução dos Estados, no tratamento dos direitos fundamentais, restou certo que não existe Estado de direito, onde não há limitação jurídica ao Poder Político, dirigida a conferir proteção aos direitos fundamentais. Contudo, apesar do Estado Liberal contar com limitação jurídica ao poder, tal limitação, face a interpretações aos princípios da separação dos poderes e da legalidade, favoreceu a arbítrios, observando-se Estado de proteção mínima, com garantias para poucos, de alguns direitos individuais fundamentais ao homem.

4 - Na atualidade, nos Estados Brasileiro e Português, o poder confiado, para o exercício das funções estatais, possui limites expressos nas várias normas constitucionais e vincula todas as entidades públicas, com fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais. Por isso, necessário sejam adequadas as normas processuais, relacionadas às execuções fiscais, considerando que qualquer interpretação das normas constitucionais, na criação ou aplicação do direito, deve conferir supremacia aos direitos fundamentais, limitando-os, apenas excepcionalmente e observados critérios de proporcionalidade.

5- Existem prerrogativas que podem configurar verdadeiros privilégios, para a Fazenda Pública, no Brasil e em Portugal. No Brasil, dentre os que foram investigados ao longo da pesquisa: a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, enquanto o executado na execução comum, é sempre intimado pela imprensa; o cancelamento da inscrição da dívida, mesmo depois de ajuizada a execução; o arbitramento de honorários de advogado, por critérios

diversos; prazos processuais diversos; redirecionamento da execução fiscal, entre outros. Em Portugal: a possibilidade de conferir ao mesmo órgão que administra o poder de praticar atos de jurisdição; a reversão da execução para sócios administradores; a delimitação de matéria a ser arguida em oposição, além de outros que podem violar direitos fundamentais.

6 - As leis de execuções fiscais de ambos os países demonstram a instituição de prerrogativas ao Poder Público, havendo entendimentos doutrinários que defendem a supremacia do interesse público. Entendimento, contudo, mais acertado é o que, por corrente mais recente considera não ser plausível, em Estado Democrático de Direito, estabelecer supremacia, em abstrato, ao interesse público, sujeitando os direitos fundamentais a tais argumentos.

7 - Entende-se que, a preservação, na medida do possível, dos direitos individuais, constitui porção do próprio interesse público. Não existe, pois, qualquer regra absoluta de prevalência a priori dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais.